

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Eraõiguse osakond

Jaanus Sildam

**ÄRIÜHINGU PEAMISE ASUKOHA MUUTMINE EUROOPA LIIDUS JA SELLE
VÕIMALIKKUS PIIRIÜLESE ÜMBERKUJUNDAMISE TEEL**

Magistritöö

Juhendaja
PhD Margit Vutt

Tartu
2020

SISSEJUHATUS	3
1. ÄRIÜHINGU PEAMISE ASUKOHA MUUTMISE SEADUSANDLIKUD LÄHTEKOHAD	7
1.1. <i>SOCIETAS EUROPÆ</i>	7
1.2. PIIRIÜLENE ÜHINEMINE.....	9
1.3. <i>SOCIETAS UNIUS PERSONÆ</i>	12
2. PEAMISE ASUKOHA MUUTMISE SISUSTAMINE KOHTUPRAKTIKAS	15
2.1. ASUTAMISVABADUSE OTSEKOHALDUVUS	15
2.2. LIIKMESRIIGI VÕIMALUS ASUTAMISVABADUST PIIRATA	17
2.3. ASUTAMISVABADUSE ARENG JA SEOS PIIRIÜLESE ÜMBERKIJUNDAMISEGA.....	18
2.4. PEAMISE ASUKOHA MUUTMINE EUROOPA KOHTU PRAKTIKAS	21
2.5. EUROOPA KOHTU KUJUNDATUD PIIRIÜLESE ÜMBERKIJUNDAMISE MUDEL.....	26
3. PEAMISE ASUKOHA MUUTMINE PIIRIÜLESE ÜMBERKIJUNDAMISE KAUDU	29
3.1. PIIRIÜLESE ÜMBERKIJUNDAMISE ÕIGUSLIKU REGULEERIMISE VAJALIKKUS.....	29
3.2. HARMONISEERITUD PIIRIÜLESE ÜMBERKIJUNDAMISE KORD	30
3.2.1. Piiriülese ümberkujundamise kord liikmesriigist väljumisel	30
3.2.2. Piiriülese ümberkujundamise kord liikmesriiki sisenemisel	32
3.2.3. Piiriülese ümberkujundamise harmoniseerimise kohasus	33
3.3. PIIRIÜLENE ÜMBERKIJUNDAMINE EESTI ÕIGUSE JÄRGI	36
3.4. TAKISTUSED PEAMISE ASUKOHA VAHETAMISEKS	38
3.4.1. Kohalduva õiguse ja kohtualluvuse probleemid.....	38
3.4.1.1. Erinevad kohalduva õiguse teooriad.....	38
3.4.1.2. Eesti ühendav tegur äriühingu kohalduva õiguse määramiseks.....	41
3.4.1.3. Kohalduva õiguse ning kohtualluvuse erireeglid.....	45
3.4.2. Huvitatud isikute kaitse	48
3.4.2.1. Võlausaldajate nõuete tagamine	48
3.4.2.2. Aktsiate või osade müümise õiguse rakendamine	51
3.4.3. Piiriülese ümberkujundamise keelamine	56
3.4.3.1. Ümberkujundamise keelamine kuritarvituse või pettuse korral.....	56
3.4.3.2. Ümberkujundamise keelamine äriühingu maksejõuetus- või likvideerimismenetluse tõttu	60
KOKKUVÕTE	62
ENSURING FREEDOM OF ESTABLISHMENT IN ESTONIA TO TRANSFER PRIMARY ESTABLISHMENT THROUGH A CROSS-BORDER CONVERSION	68
KASUTATUD MATERJALID	74
KASUTATUD LÜHENDID	80

SISSEJUHATUS

Euroopa Liidu toimimise lepingu¹ artiklites 49 ja 54 on ette nähtud, et äriühingutel peab olema võimalik kasutada Euroopa Liidus asutamisevabadust. Euroopa Liidu esmase õigusega tagatud asutamisevabadus tähendab, et nii füüsilised kui juriidilised isikud võivad oma äritegevusega tegeleda ükskõik millises Euroopa Liidu liikmesriigis. Asutamisevabaduse üldisem eesmärk on arendada veel rohkem omavahel seotud ja koostööd tegevat siseturgu. Asutamisevabadus sisaldab seega õigust piiriülesele mobiilsusele, mille alla käib ka peamise asukoha muutmine.

Võimalikku riikidevahelist äriühingute tunnustamist ja äriühingute registreeritud asukoha muutmise tunnustamist püüti reguleerida juba 1956. a Haagi Konventsioonis.² Ometi ei jõudnud see konventsioon kunagi jõustumiseni.³ Samas hiljem, 1992. aasta Euroopa Liidu asutamislepingu⁴ (nn Maastrichti leping) preambula rõhutas lepingupoolte tahet edendada EL siseturgu ja saavutada läbi selle ühiselt kasulik majanduslik ja sotsiaalne areng. Areng väljendub muuhulgas kaupade, teenuste, kapitali, isikute vabas liikumises ja tariifide puudumises. Õigus luua või viia äriühing teise liikmesriiki on osa eelnevalt nimetatud õiguste tagamiseks ja kasutamiseks. Asutamisevabadus lubab efektiivselt kasutada Euroopa Liidu tasandil ressursse, võimaldades liikuda sinna, kus on kõige efektiivsem ettevõtlusega tegeleda⁵ ja seega eelduslikult aitab kaasa majanduse arengule.

Euroopa Kohus on mitmekümne aasta vältel sisustanud asutamisevabaduse olemust, ulatust ja piiranguid. See ülesanne on jäänud kohtule, sest liikmesriigid on olnud piiriülese mobiilsuse võimaldamisega aeglased ja mitte alati koostööaltid. Probleeme on just piiriülese mobiilsuse võimaldamisega peamise asukoha muutmise kaudu. Peamiseks asukohaks loetakse liikmesriiki, mille õigust äriühingule kohaldatakse ning seda saab magistritöö kirjutamise ajal muuta peamiselt kas piiriülese ühinemise või *Societas Europaea* asutamise kaudu. 2019. aastal võeti

¹ Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 326, 26. Edaspidi: ELTL.

² Convention of 1 June 1956 concerning the recognition of the legal personality of foreign companies, associations and institutions. Hague Conference on Private International Law. Haag 1956. - <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=36> (15.04.2020).

³ I. Wuisman, M. Mannan. Freedom of Establishment for Companies in Europe (EU/EEA). Nijmegen: Ars Aequi Libri 2019, lk 118.

⁴ “Maastrichti leping” sisaldub konsolideeritud ELTL-is.

⁵ I. Wuisman, M. Mannan, lk 8.

Euroopa Liidus vastu direktiiv 2019/2121,⁶ mis sätestab tingimused piiriüleseks ümberkujundamiseks.

Magistritöö eesmärgiks on analüüsida peamise asukoha muutmise võimalusi, keskendudes eelkõige kõige uuemale neist – piiriülesele ümberkujundamisele. Töös otsitakse vastust küsimusele, kas piiriülene ümberkujundamine on seniste võimalustega võrreldes sobivam viis peamise asukoha muutmiseks ja kas see on Eesti kehtiva õiguse järgi võimalik. Arvestades Euroopa Kohtu viimaseid asutamisvabadust käsitletavaid lahendeid, peab piiriülene ümberkujundamine olema Eesti äriühingutele tagatud. Euroopa Kohtu lahendid sõnastavad põhimõtte, et äriühingul peab olema õigus viia oma peamine asukoht teise liikmesriiki ilma õiguslikku järjepidevust kaotamata.⁷ See tähendab, et piiriülene ümberkujundamine ei peaks mitte olema lihtsalt võimalik, vaid ka praktikas kasutatav ehk äriühingute jaoks ei tohi asutamisvabaduse kasutamine olla tehtud liiga keerukaks ja heidutavaks.

Lisaks eelnevale analüüsitakse töös, millises ulatuses on asutamisvabadus peamise asukoha muutmiseks Eestis tagatud pärast direktiivi 2019/2121 vastuvõtmist. Vastavalt magistratöös jõutud järeldustele annab autor ka hinnangu, millised Eestis kehtivad õigusnormid võivad asutamisvabadusega vastuollu minna ning kuidas asutamisvabaduse kasutamist tagada äriühingutele ka enne direktiivi 2019/2121 ülevõtmist siseriiklikku õigusesse.

Eeltoodud töö eesmärkidest tulenevalt on töö jaotatud kolmeks peatükiks. Peatükkide mahud on tingitud töö iseloomust ja keskendumisest piiriülesele ümberkujundamisele. Esimeses peatükis analüüsib autor peamise asukoha muutmise seadusandlikke lähtekohti. Peamise asukoha muutmise on hetkel võimalik läbi piiriülese ühinemise instrumendi ning *Societas Europaea* asutamise. Lisaks sellele analüüsib autor ka *Societas Unius Personae* ehk ühe osanikuga osahingu direktiivi ettepanekut. Teises peatükis analüüsib autor asutamisvabadusega seonduvat Euroopa Kohtu praktikat, täpsemalt asutamisvabaduse otsekohalduvust, samuti seda, millistel tingimustel on liikmesriikidel lubatud asutamisvabadust ja piiriülese ümberkujundamise õigust piirata ning millised on Euroopa Kohtu seisukohad piiriülese mobiilsuse võimaldamise osas. Kolmandas peatükis analüüsib autor piiriülese ümberkujundamise vajalikkust ja direktiivis 2019/2121 reguleeritud piiriülese ümberkujundamise korda. Samuti analüüsib autor äriühingute piiriülese ümberkujundamise võimalikkust teisest liikmesriigist Eestisse ja Eestist teise liikmesriiki. Kolmanda peatüki

⁶ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv (EL) 2019/2121, 27. november 2019, millega muudetakse direktiivi (EL) 2017/1132 seoses äriühingute piiriülese ümberkujundamise, ühinemise ja jagunemisega – ELT L 321/1, lk 1-44. Edaspidi: direktiiv 2019/2121. Direktiivi ülevõtmiskuupäev on 31. jaanuar 2023.

⁷ EK C-106/16, *Polbud* — Wykonawstwo sp. z o.o.

viimase osana analüüsib autor takistusi, mis võivad piiriüleisel ümberkujundamisel tekkida seoses direktiivi 2019/2121 ülevõtmisega. Autor toob välja olulisemad direktiivi ülevõtmisega seotud probleemid ning pakub neile lahenduse ja annab kohtupraktikast tulenevad suunised direktiivi ülevõtmiseks.

Autor kasutab magistritöös teoreetilist õiguskirjandust, nii Eesti kui Euroopa Kohtu kohtupraktikat, artikleid ja õigusakte. Viimased asutamisvabadusega seonduvad arengud on nõnda värsked, et relevantse õiguskirjanduse hulk on väike. Kõige rohkem on autor kasutanud just Beneluxi maade õiguskirjandust. Seda põhjusel, et Beneluxi maades on geograafilise iseärasuse tõttu äriühingute piiriülene mobiilsus väga oluline. Seega on asutamisvabadusega seonduvat autori hinnangul nendes riikides palju põhjalikumalt analüüsitud. Seda näitab ka asjaolu, et mitmed olulised asutamisvabaduse lahendid on seotud just ühe või teise Beneluxi riigiga.

Lisaks akadeemilisele kirjandusele on töös käsitletud selliseid allikaid, milles on uuritud peamise asukoha muutmise praktilisi probleeme. Kõige olulisem materjal magistritöö kirjutamiseks on kohtupraktika. Eestis peamise asukoha muutmisega seoses kohtupraktika sisuliselt puudub, seega on analüüsib autor eelkõige just Euroopa Kohtu lahendeid. Samuti käsitleb autor olulist Saksamaa kohtulahendit, milles kohus kohaldab töö eesmärgi seisukohast olulisi Euroopa Kohtu seisukohti.

Magistritöös kasutab autor võrdlevat ja analüütilist meetodit. Autor uurib nii kohtupraktikat, õiguskirjandust kui seadusandlust seostatult leidmaks, kas peamise asukoha muutmise õigus on äriühingutele tagatud. Esimeses ja teises peatükis analüüsitud materjali võrreldakse kolmandas peatükis Eesti õigusega ja direktiivi 2019/2121 järgse ümberkujundamise korruga ning autor teeb üldiste tähelepanekute põhjal konkreetsed järeldused. Seega on tegemist peamiselt teoreetilise uurimisega, sest analüüsi objektiks on kohtulahendid, õiguskirjandus ja erinevad õigusaktide alusdokumendid. Samas on töös kasutatud ka empiirilisi materjale nagu erinevad statistilised uurimused, isikute intervjuud jne.

Magistritöö teema on aktuaalne, kuna vaatamata sellele, et asutamisvabaduse ja peamise asukoha muutmise küsimus on pikka aega olnud diskussiooniobjektiks, on see viimasel ajal läbi teinud olulisi arenguid. Euroopa Kohus on viimasel ajal teinud uusi lahendeid ja ka uus vastuvõetud direktiiv tekitab mitmeid küsimusi, kuidas oleks direktiivi mõistlik siseriiklikku õigusesse üle võtta. Euroopa Komisjoni hinnangul muudab piiriülese ümberkujundamise

harmoniseerimine piiriülese mobiilsuse kasutamise oluliselt odavamaks ja kättesaadavamaks.⁸ Just nendel põhjustel on asutamisvabadusega seonduva piiriülese ümberkujundamise probleemi lahendamine aktuaalne ja hädavajalik. Piiriüleseks ümberkujundamiseks puudus Euroopa Liidu tasandil harmoniseeritud instrument enne direktiivi 2019/2121 vastuvõtmist. Direktiiv tuleb üle võtta 31. jaanuariks 2023, aga magistr töö autor lähtub sellest, et äriühingutel on õigus end piiriülesest ümber kujundada juba praegu. Järelikult oleme hetkel olukorras, kus vajadus piiriüleseks ümberkujundamiseks on juba ammu olemas olnud, aga küsitav on, kas Eestis on olemas selleks sobivad õiguslikud instrumendid. Euroopa Liidu siseturg on omavahel rohkem seotud kui kunagi varem, mistõttu on äärmiselt oluline kindlaks teha, millises ulatuses on piiriülene mobiilsus äriühingutele üldse võimalik ning kuidas seda mobiilsust kasutada.

Iseenesest ei ole asutamisvabadus ning äriühingu asukoha piiriülene muutmine uued kontseptsioonid. Näiteks Kärt Vigla ja Greete-Kristiine Kuru on 2013. aastal juba käsitlenud asutamisvabadust ja peamise asukoha muutmise seonduvaid küsimusi. Kärt Vigla magistr töö analüüsib rohkem asutamisvabadust abstraktselt, mitte Eesti õigusega seonduvalt ning Greete-Kristiine Kuru töö keskendub rohkem piiriülesele ühinemisele. Sellest ajast saadik on õigus edasi arenenud: tagasi on lükatud ettepanek SUP direktiiviks,⁹ Euroopa Kohus on teinud uusi otsuseid asutamisvabadusega seoses ning Euroopa Parlament ja Nõukogu võtsid vastu direktiivi 2019/2121. Seega olenemata sellest, et asutamisvabadust on varasemalt juba käsitletud, ei ole seni analüüsitud peamise asukoha muutmise võimalust piiriülese ümberkujundamise kaudu ning pole konkreetselt analüüsitud Eesti õigust ja asutamisvabaduse tingimusi.

Märksõnad: asutamisvabadus, äriühinguõigus, õigusjärglus.

⁸ Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv, millega muudetakse direktiivi (EL) 2017/1132 seoses äriühingute piiriülese ümberkujundamise, ühinemise ja jagunemisega, lk 13. Edaspidi: Ettepanek piiriüleseks ümberkujundamiseks. - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0241&from=EN> (09.11.2019).

⁹ ELT C233/7, lk 9. - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2018:233:TOC> (13.03.2020).

1. ÄRIÜHINGU PEAMISE ASUKOHA MUUTMISE SEADUSANDLIKUD LÄHTEKOHAD

1.1. *Societas Europae*

Euroopa Liit (EL) võttis 2001. aastal vastu määruse Euroopa äriühingu (SE) põhikirja kohta¹⁰ eesmärgiga luua „supranatsionaalne“ ühing ehk ühinguvorm, mis ei ole seotud ühegi konkreetse liikmesriigiga, vaid hoopis üldiselt EL-iga. Õiguskirjanduses on leitud, et selline ühinguvorm on mõeldud peamiselt suurtele ettevõtjatele EL tasandil, kes kasutavad aktsiaseltsi tüüpi ühinguvormi.¹¹ Väikeste ja keskmiste ettevõtete (VKE) piiriülese mobiilsuse võimaldamiseks võeti 2005. a vastu piiriülese ühinemise direktiiv.¹² SE-d võivad tegutseda terves Euroopa Liidus, kusjuures olulistes ühinguõiguslikes küsimustes kohaldataksegi esmalt SE-le SE põhikirja ehk Nõukogu määrust nr 2157/2001 ja seal reguleerimata küsimustes selle liikmesriigi õigust, kus äriühing on registrisse kantud.¹³

Asukoha muutmiseks peab esmalt SE asutama. SE loomine on võimalik neljal viisil: läbi kahe EL-is registreeritud aktsiaseltsi ühinemise, läbi valdusettevõtte loomise kahe eri riigi aktsiaseltside puhul; tütarettevõtte loomisel äriühingu poolt, kes on vähemalt kaks aastat omanud äriühingut või filiaali teises liikmesriigis; aktsiaseltsi ümberkujundamise korral SE-ks.¹⁴

SE asukoha muutmine algab juhtorgani ettepanekuga, kus on välja toodud SE registrijärgne asukoht, põhikirja, uus ärinimi, mõjuanalüüs töötajate kaasamise osas, ajakava, võlausaldajate ja aktsionäride kaitsemeetmed.¹⁵ Samuti seab SE määruse artikkel 8(3) juhatusele aruandluskohustuse asukoha muutmise mõju selgitamiseks ja põhjendamiseks huvigruppidele ehk võlausaldajatele, aktsionäridele, töötajatele. Pärast kahe kuu möödumist võivad SE aktsionärid vastu võtta otsuse asukoha muutmiseks. Seejärel on veel vaja asukoha liikmesriigi pädeva asutuse tõendit. Pädev asutus veendub, et enne asukoha muutmist on teiste õigustatud isikute huvid kaitstud. Kui pädev asutus on tõendi andnud, siis on võimalik SE sihtkoha

¹⁰ Nõukogu määrus (EÜ) nr 2157/2001, 8. oktoober 2001, Euroopa äriühingu (SE) põhikirja kohta. – ELT L 294, lk 1-21. Edaspidi: SE määrus.

¹¹ Väikeste ja keskmiste ettevõtete (VKE) piiriülese mobiilsuse võimaldamiseks võeti 2005. a vastu piiriülese ühinemise direktiiv. - H. Vallikivi. Piiriülese ühinemise ühinguõiguslike aspekte. Baltikumi kogemus reguleeritavate ettevõtjate ühinemisel Euroopa äriühinguks. - Juridica 2007/4, lk 249.

¹² Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2005/56/EÜ, 26. oktoober 2005, piiratud vastutusega äriühingute piiriülese ühinemise kohta. – ELT L 310/1, lk 1-9. Nüüdseks konsolideeritud direktiivi 2017/1132.

¹³ SE määrus, art 9; I. Ulst. Euroopa äriühingu mudel ja selle rakendamine finantssektori äriühingute poolt. - Juridica 2005/7, lk 467.

¹⁴ I. Ulst, lk 467-468.

¹⁵ SE määrus, art 8(2).

liikmesriigi registrisse kanda ja uue registrikande jõustumisel tuleb SE-l sellest lähteliikmesriigi registrit teavitada.¹⁶ Eestis on pädevaks asutuseks SE määruse mõttes Tartu Maakohtu registriosakond.¹⁷ Lähteliikmesriigi register seejärel kustutab SE oma registrist ning asukoha muutmine on jõustunud.¹⁸ Enne uue asukoha registrisse kandmist on võimalik SE vastu esitada hagsid endiselt lähteliikmesriigi kohtusse.¹⁹

I. Ulsti sõnul peeti algselt SE ühinguvormi tugevuseks haldus- ja tehingukulude vähendamist tänu lihtsamale omandistruktuurile. Samuti võimaldab SE ühinguvorm kiiresti ja paindlikult muuta peakontori asukohta, sest SE määrus sätestab liidusisesed harmoniseeritud reeglid asukoha muutmiseks. SE määruse vastuvõtmise ajal oli SE ka ainus võimalus piiriüleseks restruktureerimiseks. Üks SE tekkimise vorm on kahe erineva liikmesriigis asutatud äriühingu ühinemine üheks SE-ks.²⁰ Samuti annab SE asutamine võimaluse luua ühtne juhtimis- ja kontrollstruktuur lähtudes SE määrusest ja direktiivist. Sellisel juhul ei pea arvestama erinevate liikmesriikide ühinguõiguse erisustega.²¹

Reaalsuses ei ole SE liikmesriikides kunagi populaarseks ühinguvormiks saanud, välja arvatud Tšehhis ja Saksamaal.²² Üheks põhjuseks on toodud ulatuslik töötajate kaasamise reeglistik, mistõttu on SE atraktiivne rohkem liikmesriikides, kus töötajate kaasamise standard on seatud kõrgemale (näiteks Saksamaa), samas paindlikumate õigussüsteemidega liikmesriikides toob SE asutamine kaasa suuremad regulatiivsed nõuded töötajate kaasamise osas.²³ Statistiliselt on 2017. a seisuga Euroopa Liidus asutatud äriühingutest SE-d vaid marginaalne osa ehk 0,01%. Tšehhis asutatud SE-d on reeglina seisvad äriühingud ehk SE-sid ei kasutata äritegevuse läbiviimiseks.²⁴ Margit ja Andres Vutti hinnangul ei ole SE-del eristavat eelist kuivõrd Euroopa Kohus (EK) on tunnistanud äriühingute õigust asukohta muuta ja piiriülese ühinemise direktiiv on vastu võetud.²⁵ Magistr töö autor on seisukohal, et Eesti puhul takistab kindlasti SE vormi

¹⁶ SE määrus, art 8(4)-(10).

¹⁷ Euroopa Liidu Nõukogu määruse (EÜ) nr 2157/2001 «Euroopa äriühingu (SE) põhikirja kohta» rakendamise seaduse (SEPS) § 4. - RT I, 21.06.2014, 24; Äriseadustik (ÄS) § 22 lg 1. - RT I, 28.02.2019, 11.

¹⁸ SE määrus, art 8(11).

¹⁹ *Ibid*, art 8(16).

²⁰ I. Ulst, lk 469.

²¹ B. Pasa, G. A. Benacchio. *The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe*. New York: Central European University Press 2005, lk 126.

²² Assessment and quantification of drivers, problems and impacts related to cross-border transfers of registered offices and cross-border divisions of companies. Final Report. Ernst & Young 2018, lk 19. - https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/dg_just_transfers_divisions_final_report_05022018_clean_1.pdf (04.12.2019).

²³ B. Keller, S. Rosenbohm. *The European Company: Original expectations and deficiencies of implementation*. - SAGE journals 2020/1. - <https://journals-sagepub-com.ezproxy.utlib.ut.ee/doi/10.1177/0959680118825057> (10.03.2020).

²⁴ Ernst & Young, lk 19.

²⁵ M. Vutt, A. Vutt. *Problems of Introduction of Societas Europaea in Estonian Law*. - *Juridica International* 2007/12, lk 133.

kasutamist ka võrdlemisi kõrge kohustuslik minimaalne aktsiakapital 120 000 eurot ja piiratud tingimused asutamiseks. Eestis ei ole palju ettevõtjaid, kelle äritegevuse ulatus õigustaks SE asutamist eeltoodud eeliste kasutamiseks ulatuses, kus need eelised kaaluks üle äriühingu üle mõningase kontrolli ära andmise töötajate kohustusliku kaasamise tõttu. Ometi on SE asutamine hetkel üks kahest ametlikult seadusandja poolt ettenähtud piiriülese mobiilsuse kasutamise viisist. Alternatiivi käsitletakse magistritöö järgmises alapeatükis.

Piiriülese mobiilsuse kasutamist SE abil takistab eelviidatud Ernst & Young-i uuringu hinnangul praegu õiguslik ebakindlus ja ebavõrdne õigustatud isikute kaitse, sellega seotud kõrgemad kulud ja pikem (ning ebakindlam) asukoha muutmise protsess.²⁶ Kui juriidiline protsess on arusaamatu (näiteks ei ole selge, kas registripidaja saab asukohta vahetava äriühingu üldse registrist kustutada või kes asukohavahetuse protsessi kontrollib), siis sellest tuleneb risk, et registrimenetlusega kaasnevad vaidlused. Lisaks ei aita ka liikmesriikide vähene initsiatiiv võimaldada piiriülest mobiilsust, sest äritegevuse kolides kaotab riik ka maksutulud.²⁷ Nimetatud takistused heidutavad ettevõtjaid üldse liiduülesest äritegevust optimeerimast ja planeerimast, mis omakorra mõjub jahutava tegurina EL ühtse siseturule. Aeg on näidanud, et *Societas Europaea* ühinguvorm siiski ettevõtjate vajadusi ei rahulda ning asutamisvabaduse võimaldamiseks seega piisavalt ka ei sobi.

1.2. Piiriülene ühinemine

Õiguskirjanduses pakutakse definitsioon, mille kohaselt on äriühingute ühinemine protsess, kus kaks äriühingut ühinevad üheks ja samaks juriidiliseks isikuks läbi universaalse varade üleandmise ühendavale ühingule.²⁸ See on võimalik kahel viisil: üks äriühing ühineb teisega ja esimene äriühing lõppeb ühinemisega²⁹ või kaks äriühingut ühinevad, asutades uue äriühingu.³⁰ Sellisel juhul lõppevad mõlemad ühinevad ühingud ja alles jääb ainult uus äriühing.³⁰ Ühinemine on võimalik siseriiklikult ja piiriülesest. Eesti kontekstis tähendab piiriülene ühinemine seda, et Eesti äriregistrisse kantud piiratud vastutusega äriühing saab ühineda teise Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi õiguse alusel asutatud piiratud vastutusega

²⁶ Ernst & Young, lk 32.

²⁷ *Ibid*, lk 32.

²⁸ T. Papadopoulos (toim). *Cross-Border Mergers. EU Perspectives and National Experiences*. Vol 17. Cham: Springer 2019, lk 450.

²⁹ ÄS § 391 lg 1.

³⁰ ÄS § 391 lg 2.

äriühinguga, kusjuures juhatuse asukoht või peamine tegevuskoht peab asuma samuti eeltoodud lepinguriigis.³¹ Piiriülene ühinemine seab erinevalt tavalise ühinemisega piirangu ühinemiseks sobivatele ühingutüüpidele. Kuivõrd piiriülene ühinemine on võimalik vaid piiratud vastutusega äriühingute vahel, siis Eesti äriühinguvormidest saavad piiriüleses ühinemises osaleda vaid osaühing ja aktsiaselts. Piiriüleses ühinemises osalev võõrriigi ühing peab olema samuti kohaliku õiguse ekvivalent ehk piiratud vastutusega äriühing.

Õiguskirjanduses on märgitud, et piiriülest ühinemist kasutatakse praktikas ka restruktureerimise ehk ümberkujundamise läbiviimiseks. Esmalt asutatakse sihtkoha liikmesriigis äriühingu tütarühing, kes funktsioneerib ühendava ühinguna.³² Seejärel koostab juhatus ühinemislepingu, kus toob välja ühinemise detailid, sealhulgas mõlemad osalevad äriühingud, ühinguvormid, kasumiosa saamise võimalikud erisused, raamatupidamislikud üksikasjad, osade või aktsiate asendussuhte jne. Ühinemislepingule lisatakse ka ühendava äriühingu põhikiri.³³ Ühinemisleping tuleb osaliselt avalikustada ning samuti tuleb avaldada Ametlikes Teadaannetes teade kavatsetava piiriülese ühinemise ja ühinemislepingu kohta.³⁴ Vähemalt kuu aega enne ühinemise otsustamiseks kokku kutsutavat üldkoosolekut või koosolekut³⁵ tuleb ühinevate äriühingute juhatustel koostada aktsionäridele või osanikele, töötajatele ning võlausaldajatele ühinemisaruanne, kus põhjendatakse majanduslikult ja õiguslikult ühinemist ning selle üksikasju.³⁶ Vajalik on ka ühinemise mõju selgitamine töötajatele ja võlausaldajatele.³⁷ Seejärel on osanikel või aktsionäridel võimalik ühinemisotsus vastu võtta, pärast mida esitatakse ühinemisdokumendid äriregistrile.³⁸ Piiriülese ühinemise puhul peab ühinemislepingut alati kontrollima audiitor,³⁹ samas siseriiklikul OÜ või AS-i ühinemisel võivad osanikud või aktsionärid audiitorkontrollist konsensuslikult loobuda.⁴⁰ Kui sihtkoha liikmesriigis on ühinemine registrisse kantud, loetakse ühendatav äriühing lähteliikmesriigis lõppenuks.⁴¹

Sarnaselt siseriikliku ühinemisega kaitstakse võlausaldajaid piiriüleisel ühinemisel vajadusel lisatagatise andmisega. Võlausaldajal on võimalik seda nõuda 2 kuu jooksul pärast ühinemislepingu avalikustamist juhul, kui Eesti äriühing ühendatakse teise lepinguriigi

³¹ ÄS § 433¹ lg 1.

³² T. Papadopoulos (toim). - F. M. Mucciarelli, lk 57.

³³ ÄS § 433² lg 1-3.

³⁴ ÄS § 433² lg 5-6.

³⁵ ÄS § 433⁵ lg 1.

³⁶ ÄS § 393 lg 2.

³⁷ ÄS § 433³ lg 1.

³⁸ ÄS § 433⁹ lg 1; ÄS § 400 lg 1.

³⁹ K. Saare jt. Ühinguõigus I. Kapitaliühingud. Tallinn: Juura 2015, lk 457.

⁴⁰ ÄS § 394 lg 2.

⁴¹ T. Papadopoulos, lk 57.

õigusele alluva äriühinguga. Lisatagatist on võimalik nõuda vaid juhul, kui nõue pole muutunud sissenõutavaks ning ühinemine võib ohustada nõude täitmist.⁴²

Samuti on piiriülese ühinemise puhul sätestatud ka väikeosanike ja -aktsionäride kaitse.⁴³ Nimelt on nii siseriikliku kui ka piiriülese ühinemise korral võimalik väikeosanikul või -aktsionäril nõuda enda osa või aktsia võõrandamist.⁴⁴ Osa või aktsia väärtus määratakse proportsionaalse suhtena netovarasse, mis jääks pärast äriühingu likvideerimist alles.⁴⁵

Piiriülene ühinemine oli esimene efektiivne viis äriühingu asukoha muutmiseks, kuivõrd SE regulatsioon lubas SE loomist ainult juhul, kui ettevõtja äriühingu tegevuses oli juba piiriülene element olemas ning samuti sisaldab SE regulatsioon subjektiivselt ebaatraktiivseid nõudeid. Õiguskirjanduses on peetud piiriülese ühinemise direktiivi positiivseteks tagajärgedeks siseturu suuremat avanemist, tegutsemis- ja regulatiivsete kulude vähenemist, samuti juhtimiskulude ja juhtimise keerukuse vähenemist.⁴⁶ Seda näitab ka statistika: aastatel 2008 – 2017 leidis Euroopa Liidus aset 2390 piiriülest ühinemist.⁴⁷

Teisalt on Euroopa Komisjoni tellitud uuringus osutatud ka piiriülese ühinemise direktiivi puudujääkidele. Liiga pealiskaudseks jäänud harmoniseerimine on tekitanud olukorra, kus liikmesriigid saavad sätestada oma õiguses erinevaid nõudeid menetlusele ja vorminõuetele, näiteks erinevaid ooteperioode ja tähtaegu. See omakorda teeb projekti läbiviimise keerukamaks ja kulukamaks, sest kuna liikmesriikide õigused on erinevad, on vaja kaasata rohkem õigusnõustajaid.⁴⁸

Teiseks probleemiks on liikmesriikide registrite või pädevate asutuste omavaheline kommunikatsioon. Ei ole ühtseid reegleid, kuidas ja mis tingimustel piiriülene pädevate asutuste suhtlus käib ja seetõttu võib koostöös esineda probleeme ja ebaefektiivsust. Kõige keerulisemates olukordades peab ühinemise läbiviija ise asutustevahelist suhtlust koordineerima, mis taaskord võtab lisa-aega ja tekitab lisakulu.⁴⁹

⁴² ÄS § 433⁸ lg 2–3.

⁴³ Iseenesest ei piira äriseadustik hüvitise saamise õiguse ainult väikeosanikele- või aktsionäridele, aga ÄS § 412 lg 1 ning ÄS § 421 lg 1 sätestavad piiriülese ühinemise otsuse vastuvõtmiseks 2/3 häälteenamuse. See tähendab, et piiriülese ühinemine on võimalik vaid osanike ja aktsionäride enamuse nõusolekul ja eelduslikult soovivad äriühingust väljuda piiriülese ühinemise korral just väikeosanikud või -aktsionärid.

⁴⁴ ÄS § 433⁷.

⁴⁵ ÄS § 433⁷; ÄS § 404 lg 1.

⁴⁶ T. Papadopoulos, lk 26.

⁴⁷ *Ibid*, lk 27.

⁴⁸ Study on the application of the cross-border mergers directive. September 2013. European Commission. Bech-Bruun. Lexidale 2013, lk 10.

⁴⁹ *Ibid*, lk 11.

Praktikas kasutatakse piiriülest ühinemist ka ümberkujundamiseks, sest paremaid võimalusi selleks praegu veel ei ole. Ometi muudab ühinemine restruktureerimise ebavajalikult keerukaks. Esmalt peab asutama sihtliikmesriigis eraldi ühingu, kellega ühineda. Asutatud ühing muutub seega ühendavaks ühinguks. Piiriülene ühinemine loob lihtsama menetluskorra ainult olukordadeks, kus emaühing ühendab endaga tütarühingu. Ometi on restruktureerimise puhul peaaegu alati tegemist vastupidise olukorraga, kus emaühing ühendab ennast tütarühinguga.⁵⁰ Restruktureerimise korral peaks magistritöö autori hinnangul olema menetluskord paindlikum ja kiirem, sest säilib juriidiline identiteet. Järelikult ei ole restruktureerimise korral vaja koostada varade ja kohustuste nimekirja, sest puudub vajadus hinnata ühendatava ühingu väärtust (erinevalt ühinemisest, kus ühendatava ühingu vara on käsitatav ühendavasse ühingusse tehtava mitterahalise sissemaksena). Kuivõrd õiguste ja kohustuste adressaadi subjektsusest tulenevad riskid puuduvad (näiteks seoses varade üle andmisega), siis puudub ka vajadus mitmete piiriülese ühinemise kohustuslike meetmete järele restruktureerimise puhul. Seega tuleb vaid reguleerida riske, mis tulenevad registrijärgse asukoha muutumisest ehk huvitatud isikute võimalusi oma õigused maksma panna ka tingimustes, kus äriühingu asukoht on liikunud neist kaugemale. Piiriülesel ümberkujundamisel ei teki riske, mis seonduvad ühe juriidilise isiku lõppemisega ja teise tekkimisega – kohustuste ja varade üleandmine ja muu selline.

1.3. *Societas Unius Personae*

Lisaks SE-le on EL-is olnud kaalumisel veel ühe supranatsionaalse ühinguvormi loomine. Nimelt tegi Euroopa Komisjon 2014. aastal ettepaneku⁵¹ luua EL tasandil harmoniseeritud erireeglid ühe omanikuga piiratud vastutusega äriühingute ehk *Societas Unius Personae* (SUP) jaoks. SUP-i direktiivi eelnõu jättis liikmesriikidele võimaluse otsustada, kui palju lähtuda direktiivis harmoniseerimata küsimustes liikmesriigi enda ühinguõigusest.⁵² Üks võimalus oli

⁵⁰ Seda põhjusel, et Eesti, kus üldiselt kohaldatakse inkorporatsiooniteooriat, ei võimalda juhatuse asukohta nagunii viia teise liikmesriiki. Näiteks registreeritakse tihti liikmesriigis tegutsemiseks äriühing hoopis Ühendkuningriigis, sest see on võrdlemisi soodne ja Ühendkuningriigi õigus on üldiselt äritegevusele ja -vabadusele orienteeritud. Selline olukord oli ka näiteks EK lahendis C-212/97 (Centros), kus kogu sisuline äritegevus oli Taanis, aga äriühing asutati Ühendkuningriigi õiguse alusel.

⁵¹ Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv ühe osanikuga osäühingute kohta. - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014PC0212&from=EN> (02.03.2020). Edaspidi: SUP direktiiv.

⁵² D. Ahern. The EU, Close Corporations and Member State Sovereignty: Too Close for Comfort? Critical Reflections on the Evolving *Societas Unius Personae* (SUP) Proposal. - Irish Business Law Review 2016/1, lk 28.

siseriiklikult direktiiv üle võtta viisil, kus SUP ühing on eraldi ühinguvorm, mis põhineb piiratud vastutusega kohalikul äriühingu tüübil, Eesti puhul näiteks osaühingul.⁵³ SUP ühingu õiguslik raamistik pidi kaasa aitama asutamisvabaduse tagamisele, leevendades asutamispiranguid teistes liikmesriikides tütarühingute asutamiseks.⁵⁴

SUP direktiivi üks eesmärkidest oli vähendada asutamise ning haldamisega seotud kulusid. SUP ühingu registreerimine oleks olnud plaani järgi kasutajasõbralik ja kiire protsess interneti vahendusel (võimaldades ka internetivälist registreerimist).⁵⁵ Üks vahendeid kiiruse ja mugavuse tagamiseks oli ette näha suletud nimekiri teabest, mida liikmesriik võib kohaliku SUP ühingu asutamiseks küsida.⁵⁶ Selline standardiseeritud nimekiri oleks vähendanud piiriülese tegevuse puhul kommunikatsioonibarjääri, kus teises liikmesriigis äriühingut asutav ettevõtja peab täiendavaid kulusi kandma, et saada aru sihtkohaliikmesriigi asutamise protsessist ja nõuetest.⁵⁷ Äritegevuse paindlikkust pidi soodustama ka liikmesriikide õigus sätestada minimaalseks osakapitaliks 1 euro.⁵⁸

Seega lähtus Euroopa Komisjon teesist, et ühtlustades ja lihtsustades teatud tingimustel piiratud vastutusega äriühingu asutamist, muutub VKE-del EL piires piiriülene äritegevus palju atraktiivsemaks ning see soodustab siseturu arengut.⁵⁹ Nii SUP-i kui SE puhul üritati piiriülest mobiilsust võimaldada sätestades uued ühinguvormid. SE regulatsioonis tehti liikmesriikide heakskiidu saamiseks kompromisse, mis muutsid SE kasutamise kokkuvõttes ebaatraktiivseks.⁶⁰ SUP-i vastu olid liikmesriigid, kus on sätestatud kõrgemad nõuded võlausaldajate ja töötajate kaitseks, näiteks olid SUP-i ettepaneku vastu Saksamaa ametiühingud,⁶¹ seda ilmselt sellel põhjusel, et Saksamaal on üldiselt kõrge töötajate kaasamise ja kaitse standard. SUP-i direktiivi vastuvõtmiseks puudus poliitiline tahe kompromisse leida ning 4. juulil 2018 võttis Euroopa Komisjon direktiivi ettepaneku tagasi.⁶²

Magistritöö autor on seisukohal, et SE, SUP ja ka käesolevas töös mainimata jäänud *Societas Privata Europaea* (SPE)⁶³ on näidanud, et EL-is puudub üksmeel eraldiseisva supranatsionaalse

⁵³ SUP direktiiv. I lisa.

⁵⁴ SUP direktiiv. Peatükk 3 – ettepaneku õiguslik külg.

⁵⁵ D. Ahern, lk 29.

⁵⁶ *Ibid*, lk 29.

⁵⁷ P.-H. Conac. The *Societas Unius Personae* (SUP): A “Passport” for Job Creation and Growth. – European Company and Financial Law Review 2015/12 (2), lk 146.

⁵⁸ SUP direktiiv, art 16(1).

⁵⁹ SUP direktiiv. Peatükk 3 – ettepaneku õiguslik külg.

⁶⁰ B. Keller, S. Rosenbohm. Introduction.

⁶¹ P.-H. Conac, lk 142.

⁶² ELT C233/7, lk 9.

⁶³ Autor ei käsitlenud SPE-d selles töös, sest SUP ettepanek oli edasiarendus SPE-st ja seega suures osas kattusid SUP ja SPE regulatsiooni eesmärk ja ideed. Rohkem teavet SPE ettepaneku kohta on leitav siit: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=LEGISSUM:mi0007>.

ühinguvormi loomiseks. SE määrus küll võeti vastu, aga õiguskirjanduses on leitud, et SE ei ole oma eesmärgi täitnud ning vastuvõetud SE määrus erineb oluliselt algselt kavandatud. Töö autori arvates on just supranatsioonaalsete ühinguvormide ebaedu olnud põhjuseks, miks Euroopa Komisjon on siseturu arendamiseks kasutusele võtnud alternatiivsed võimalused nagu erinevad reorganiseerimise viisid ehk ühinemine, jagunemine ja ümberkujundamine.

2. PEAMISE ASUKOHA MUUTMISE SISUSTAMINE KOHTUPRAKTIKAS

2.1. Asutamisvabaduse otsekohalduvus

Eelmises peatükis analüüsis magistritöö autor võimalusi asutamisvabaduse kasutamiseks ehk erinevaid viise peamise asukoha muutmiseks. Hindamaks, kas asutamisvabadus on piisavalt tagatud ning kuidas asutamisvabadust üldse sisustada, analüüsib autor EK kohtupraktikat. Käesolevas peatükis võtab magistritöö autor kokku tähtsamad EK lahendid, mis asutamisvabadust sisustavad. Esmalt on vajalik veenduda, kas asutamisvabadus võib olla otsekohalduv olukorras, kus siseriiklikult ega liiduüleselt pole ette nähtud korda selle tagamiseks.

Euroopa Liidus kehtib EL õiguse ülimuslikkuse doktriin, mis kujundati välja EK lahendis *Costa v ENEL*.⁶⁴ Vastavalt doktriinile on liikmesriikidel kohustus siseriiklikku õigust kohaldada EL-i õigusele vastavalt. Riigikohus on selgitanud, et vastuolu korral Eesti seaduste ja EL-i õiguse vahel kohaldatakse EL-i õigust.⁶⁵ Euroopa Liidu esmaõigusest kohalduvad ühinguõiguse puhul ELTL-i artiklid 49 ja 63.⁶⁶ ELTL-i artikkel 49 koos artikliga 54 sätestab, et keelatud on piirangud, mis kitsendavad liikmesriigi kodaniku asutamisvabadust teise liikmesriigi territooriumil.⁶⁷ ELTL artikli 54 järgi võrdsustatakse liikmesriigi kodanikega äriühingud, mille registrijärgne asukoht, juhatuse asukoht või peamine tegevuskoht on liidu piires.⁶⁸

Euroopa Kohtu seisukoht on, et põhiõigused võivad olla otsekohalduvad.⁶⁹ Otsekohaldatavad on näiteks ELTL-i artiklid 56 ja 57, mis käsitlevad teenuste osutamise vabadust.⁷⁰ Asutamisvabadus on olemuslikult seotud teenuste vaba liikumisega, seega on kohtupraktika teenuste vaba liikumise ja ELTL-i vastavate artiklite otsekohaldavuse kohta analoogia korras kohaldatav ka asutamisvabadust käsitlevatele ELTL-i artiklitele.⁷¹ Üldreegli järgi on liikmesriigi ja ELTL-is sätestatud põhiõiguste vahekord selline, et kui liikmesriigi õigus seab mõne takistuse põhiõiguse kasutamiseks, siis ei tohi seda osa liikmesriigi õigusest kohaldada, välja arvatud juhul, kui põhiõigus annab liikmesriigile võimaluse erinevaks regulatsiooniks (n-ö

⁶⁴ EK 6/64, *Costa v ENEL*.

⁶⁵ RKPJK arvamus nr 3-4-1-3-06, p 16.

⁶⁶ ELTL, art 49; art 63; S. Grundmann. *European Company Law. Organization, Finance and Capital Markets*. 2nd ed. Antwerp: Intersentia 2012, lk 89.

⁶⁷ ELTL, art 49.

⁶⁸ ELTL, art 54.

⁶⁹ EK 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, p 17 – 18.

⁷⁰ EK 33/74, *van Binsbergen*, p 18 – 21; EK 220/83, *Commission v France*, p 16.

⁷¹ EK 220/83, *Commission v France*, Summary, p 5. Vt ka S. Grundman, lk 131.

escape clause).⁷² Kui ELTL-is sätestatud põhiõigus läheb vastuollu teatud olukordades mõne siseriikliku reeglga, aga teistes olukordades on ELTL õigusega konformne, siis peab liikmesriik õigusliku ebakindluse lahendamiseks nimetatud reeglit vastavalt muutma.⁷³ ELTL artikli 49 kohaselt on riigil lubatud seada äriühingu asutamisel välisriigi isikutele sarnaseid nõudeid, mis on kohustuslikud liikmesriigi kodanikele äriühingu asutamiseks.⁷⁴

Äriühingutele kohaldub lisaks liikmesriigi õigusele ja EL vastavatele põhiõigustele ka teisene õigus ehk määrused ja direktiivid. Suur osa Euroopa ühinguõigusest on kodifitseeritud direktiivi 2017/1132:⁷⁵ harmoniseeritud on äriühingute asutamise, kapitali, avalikustamise nõuded, äriühingute ühinemised ja jagunemised.⁷⁶ Direktiiv 2013/1132 sisaldab õigusnorme piiriülese ühinemise kohta,⁷⁷ mis on ka siseriiklikku õigusesse üle võetud (Eestis äriseadustiku 31. peatüki kuuendas jaos). Piiriülene ümberkujundamise direktiivi 2019/2121 ülevõtmise kuupäev on 31. jaanuar 2023,⁷⁸ mis tähendab, et enne ülevõtmist ei ole direktiivist tulenevatele õigustele võimalik toetuda. On liikmesriike, kellel on oma siseriiklik regulatsioon piiriüleseks ümberkujundamiseks (näiteks Küpros, Taani jt).⁷⁹ Liiduülese regulatsiooni puudumisel on asutamisvabadust arendanud Euroopa Kohus, kes on piiriülese ümberkujundamise ja üldmise mobiilsuse lubatavuse kohta seisukohti võtnud juba 1974. aastast (lahendis van Binsbergen) alates.

Järelikult liikmesriikides, kus ei ole sätestatud norme piiriüleseks ümberkujundamiseks, on võimalik tugineda asutamisvabaduse otsekohaldavusele ning lähtuda piiriülesel ümberkujundamisel ELTL artiklitest 49 ja 54. Selliste liikmesriikide hulka kuulub ka Eesti. Alusleppe artiklite otsekohaldamine on aga raskendatud, sest artiklid on väga üldised ja ei ole õiguslikku struktuuri selliste õiguste kasutamiseks. Sellest tulenevalt on Euroopa Kohus võtnud liikmesriikide, Euroopa Parlamendi ja Komisjoni töö puudujääkide tõttu initsiatiivi tühimike täitmiseks asutamisvabaduse kasutamisel.

⁷² S. Grundmann, lk 132.

⁷³ EK C-264/96, *Imperial Chemical Industries v. Colmer*, p 34. Vt ka M. Myszke-Nowakowska. *The Role of Choice of Law Rules in Shaping Free Movement of Companies*. Antwerp: Intersentia 2014, lk 14.

⁷⁴ ELTL, art 49(2).

⁷⁵ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv (EL) 2017/1132, 14.06.2017, äriühinguõiguse teatavate aspektide kohta (kodifitseeritud). – ETL L 169/46, lk 46-127. Edaspidi: direktiiv 2017/1132.

⁷⁶ *Company Law and Corporate Governance*. Euroopa Liidu ametlik kodulehekül. - https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/company-law-and-corporate-governance_en (30.10.2019).

⁷⁷ Direktiiv 2017/1132. II peatükk. Piiratud vastutusega äriühingute piiriülene ühinemine.

⁷⁸ Direktiiv 2019/2121, art 3.

⁷⁹ *Cross-border Corporate Mobility in the EU. Empirical Findings 2019*. Vol. I. Maastricht University 2019, lk 67.

2.2. Liikmesriigi võimalus asutamisevabadust piirata

Selleks, et hinnata, kas liikmesriik võib piirata ELTL-ist tulenevaid põhiõigusi, kasutatakse niinimetatud Gebhardi testi. Tegemist on Euroopa Kohtu väljatöötatud kriteeriumitega, mille alusel on liikmesriigil võimalik piirata ELTL-ist tulevaid põhiõigusi (*fundamental freedoms*).⁸⁰ Euroopa Kohus arendas kriteeriumid välja Gebhardi lahendis.⁸¹ Kõnealuses kohtuasjas soovis Saksamaa kodanikust advokaat (*Rechtsanwalt*) praktiseerida õigust Itaalias, kuulumata Itaalia advokatuuri. Kohalik advokaat seda vastu ei võtnud ja algatas tema suhtes distsiplinaarmenetluse „*avvocato*“ tiitli kasutamise eest.⁸² Vaidlus jõudis Euroopa Kohtu üldkotta küsimuses, kas advokaadi tegevuse piiramine Itaalias läheb vastuollu asutamisevabadusega. Kohus leidis, et kui sihtriigis on tegutsemisele seatud reeglid, mis on suunatud üldsuse heaolule (*general good*), siis on piirangute seadmine õigustatud.⁸³ Küll peavad tegutsemiseks ettenähtud reeglid vastama järgnevatele nõuetele:⁸⁴

- 1) kohaliku võimu meetmed peavad olema kohaldatud ilma diskrimineerimata nii kohalikele kui välismaistele isikutele;
- 2) meetme kohaldamiseks peab olema imperatiivne/ülekaalukas avalik huvi;
- 3) kohaliku võimu meede peab olema sobilik eesmärgi täitmiseks ehk sobivalt vajalik;
- 4) kohaliku võimu meede peab olema vajalik eesmärgi täitmiseks ehk meede peab olema proportsionaalne.

Gebhardi lahendi alusel tuleb piiranguteks pidada igasuguseid meetmeid, mis keelavad, takistavad või muudavad liidu tasandil garanteeritud vabaduse kasutamise vähem atraktiivsemaks.⁸⁵ Õiguskirjanduse on selgitatud, et kuigi eelnimetatud kriteeriumitest tulenevad põhimõtted olid olemas juba varasemas kohtupraktikas, on Gebhardi lahend väga kaalukas põhjusel, et kohus on hiljem lahendile ja kriteeriumitele korduvalt viidanud.⁸⁶ Seega on ELTL-ist tulenevaid vabadusi võimalik piirata, kui piirangud läbivad Gebhardi testi. Asutamisevabaduse kasutamist piiravad reeglina liikmesriigi vormilised või sisulised nõuded. Näiteks Centrose lahendis⁸⁷ toetus sihtliikmesriik argumendile, et formaalsed nõuded on kehtestatud võlausaldajate kaitseks. Sarnaselt võib argumenteerida enamuse liikmesriigi

⁸⁰ I. Wuisman, M. Mannan, lk 45.

⁸¹ EK C-55/94, *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*. Edaspidi: *Gebhard*.

⁸² *Gebhard*, p 6 – 11.

⁸³ *Gebhard*, p 35 – 36.

⁸⁴ *Gebhard*, p 37. Vt ka I. Wuisman, M. Mannan, lk 44 - 47.

⁸⁵ *Gebhard*, p 37.

⁸⁶ I. Wuisman, M. Mannan, lk 45.

⁸⁷ EK C-212/97, *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*. Edaspidi: *Centros*.

sätetatud vorminõuete puhul: nõuded on kehtestatud erinevate õigustatud isikute kaitseks, olgu need töötajad, võlausaldajad, vähemusomanikud vm. Gebhardi otsusega kehtestas kohus standardi, millele iga asutamisvabaduse piirang peab vastama. Samuti tuleb testi kohaldada kitsendavalt ja liikmesriigi tõendamiskoormus on võrdlemisi kõrge näitamaks, et nõue kaitseb mõnda huvigruppi kõige vähem piiraval viisil.⁸⁸ Gebhardi test on oluline magistrirõõ hilisemates punktides, analüüsima, kas Eestis kehtivad piirangud või võimalused või direktiiviga 2019/2121 ettenähtud piiriülese ümberkujundamise reeglid vastavad Gebhardi testi põhimõtetele.

Kohtupraktikas on avaliku huvi kaitsmise eesmärgil kehtestatud piirangud olnud lubatavad kui kaitstakse vähemusaktsionäre, võlausaldajaid, töötajaid,⁸⁹ finantsjärelvalvet, kaubamärke, äritegevuse õiglust, maksude laekumist, keskkonda, sotsiaalseid ja hasartmängudega seotud tegevusi.⁹⁰

Kokkuvõttes võib seega järeldada, et asutamisvabadust võib küll piirata, aga piiranguid võib kehtestada ainult väga kaalukatel põhjustel. Euroopa Kohtu praktika on näidanud, et kohtu arusaam lubatud piirangutest on kitsam kui liikmesriikide oma, seega tuleb piirangute kehtestamisel põhjalikult enne analüüsida piirangute sobivust Gebhardi testi põhimõtete ja Euroopa Kohtu praktikaga.

2.3. Asutamisvabaduse areng ja seos piiriülese ümberkujundamisega

Asutamisvabaduse arengule andis esimese tõuke EK lahend *Daily Mail*⁹¹ 1988. aastal. Ühendkuningriikide piiratud vastutusega äriühing soovis oma peakontori viia Ühendkuningriikidest Madalmaadesse. Liikumise eesmärgiks oli maksueeliste ärakasutamine Madalmaades ja oma aktsiate tagasi ostmise soodsamatel tingimustel.⁹² Kohus leidis, et kuigi asutamisvabadus on otsekohalduv,⁹³ ei luba Euroopa Majandusühenduse tollane seis kohaldada asutamisvabadust viisil, mis lubaks äriühingul viia oma juhtimine teise liikmesriiki, säilitades

⁸⁸ I. Wuisman, M. Mannan, lk 45 – 46.

⁸⁹ EK C-411/03, *SEVIC Systems*, p 28; EK C-208/00, *Überseering*, p 92; Vt ka I. Wuisman, M. Mannan, lk 46.

⁹⁰ I. Wuisman, M. Mannan, lk 46.

⁹¹ EK 81/87, *Daily Mail*. Edaspidi: *Daily Mail*.

⁹² N. de Luca. *European Company Law: Text, Cases and Materials*. New York: Cambridge University Press 2017, lk 90.

⁹³ *Daily Mail*, p 15.

registreeritud asukoha esialgses liikmesriigis.⁹⁴ Kohus sõnastas ka olulise mõtte, et asutamisvabaduse piiranguteks võib pidada ka siseriiklikke meetmeid, mis vaid „heidutavad“ ettevõtjat asutamisvabadust kasutamast.⁹⁵ Heidutus antud kontekstis tähendab magistritöö autori hinnangul seda, et asutamisvabaduse piiranguks ei saa pidada vaid keelde asukoha muutmiseks, vaid ka igasuguseid nõudeid ja tingimusi, mis muudavad asutamisvabaduse kasutamise ebamõistlikult ebaatraktiivseks või võimatuks. Näiteks TsÜS⁹⁶ § 45 lg 2 sätestab, et eraõigusliku juriidilise isiku registrist kustutamiselega juriidiline isik lõpeb, mis sisuliselt tähendab seda, et äriühingul on keelatud piiriülene ümberkujundamine, sest ümberkujundamisel säilib õiguslik kontinuiteet. Daily Mail lahendi sõnastuse järgi on magistritöö autori hinnangul võimalik, et hetkel kasutusel olevate võimaluste kulukus ja aeglus on olemuslikult asutamisvabaduse piirangud. Märkimisväärne on ka kohtu sõnastus ja fookus „Ühenduse hetkeseisule,“⁹⁷ mis vihjab, et asutamisvabaduse sisustamine võib tulevikus muutuda. Seda muutust võib juba näha Centrose lahendis.

Centrose kohtuasjas soovis Ühendkuningriikides registreeritud äriühing asutada Taanis filiaali. Taani register keeldus filiaali registreerimast, sest äriühingu aktsiakapital oli Taani nõuete jaoks liiga väike ja ebapiisav võlausaldajate kaitseks.⁹⁸ Selles asjas jõudis kohus järeldusele, et liikmesriik ei saa keelduda teise liikmesriigi äriühingu filiaali registreerimisest võlausaldajate kaitse eesmärgil. Võlausaldajaid on võimalik kaitsta vähem riivavate meetmetega. Seega läheb minimaalse aktsiakapitali nõudmine teise liikmesriigi äriühingult vastuollu asutamisvabadusega.⁹⁹ Kohus võtab selle lahendiga seisukoha, et tollases majandusühenduses ükskõik kus tegutsemiseks piisab äriühingu registreerimisest ühenduse piires. Nõuded on puhtalt formaalsed, vajalik ei ole näiteks sisulise majandusliku tegevuse olemasolu.¹⁰⁰ Samuti leidis kohus, et Taani minimaalse kapitali nõue ei täida Gebhardi testi kolmandat nõuet: meede peab olema sobilik ja vajalik eesmärgi täitmiseks. Võlausaldajad ei saa meetmest täiendavat kaitset, sest äriühingule kohaldatakse Inglismaa ja Walesi õigust ja kohalduva õiguse erinevusest tekib võlausaldajatele teatav risk igal juhul, isegi kui äriühing Taanis filiaali ei asuta. Samuti on võlausaldajaid võimalik kaitsta vähem piiravate meetmetega kui Taanis

⁹⁴ Daily Mail, p 24 – 25.

⁹⁵ Daily Mail, p 16.

⁹⁶ Tsiviilseadustiku üldosa seadus. - RT I, 06.12.2018, 3.

⁹⁷ Daily Mail, p 25: *“The answer to the first part of the first question must therefore be that in the present state of Community law Articles 52 and 58 of the Treaty, properly construed, confer no right on a company incorporated under the legislation of a Member State and having its registered office there to transfer its central management and control to another Member State.”*

⁹⁸ Centros, p 6-7; p 12.

⁹⁹ Centros, p 39.

¹⁰⁰ A. Looijestijn-Clearie. Centros Ltd: A Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies? - The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 49. 2000/3, lk. 641.

sätetatud kapitalinõue, üheks selliseks meetmeks võib olla näiteks tagatise andmine.¹⁰¹ Centrose lahend käsitleb teisese asukoha muutmist ehk filiaali või tütarühingu asutamist, aga selles lahendis sõnastab kohus kaks olulist põhimõtet. Esiteks ei ole asutamisevabaduse kasutamiseks teises liikmesriigis vajalik sisuline majandustegevus, vaid piisab vormiliste nõuete täitmisest.¹⁰² Teiseks toob kohus välja, et võlausaldajate kaitsmiseks on minimaalse kapitali nõue ebaefektiivne ning võlausaldajate huve kaitseks paremini lisatagatise andmine. Centrose asjas nõudis Taani, et Ühendkuningriikides asutatud äriühingu aktsiakapital oleks võlausaldajate kaitseks vastavuses Taani minimaalsete kapitalinõuetega, et filiaalil oleks võimalik Taanis tegutseda. Kohtu seisukoht, et selline meetod ei ole sobilik võlausaldajate kaitseks laieneb ka peamise asukoha vahetamisele. See põhimõte võimaldab järeldada, et lähteliikmesriik ei saa takistada piiriülest ümberkujundamist, tuginedes sellele, et äriühing ei vastaks sihtliikmesriigis lähteliikmesriigis kehtivatele kapitalinõuetele.

Järgmine märgiline lahend pärast Centrost on *Überseering*.¹⁰³ Madalmaade äriühing ostis kinnisasja Saksamaal äriarenduseks. Arendus ei läinud plaanipäraselt ja arendajaga tekkis vaidlus. Saksamaa kohus ei tunnistanud *Überseeringu* juriidilist õigusvõimelisust, sest Saksamaa õiguse kohaselt oli õigusvõime vaid Saksamaa õiguses loetletud ühinguvormidel.¹⁰⁴ Sisuliselt sätestas Saksamaa tingimuse, et Saksamaal on võimalik tegutseda vaid läbi tütarühingu või filiaali ning peamise asukoha viimine Saksamaale ei ole võimalik, sest puudub seda võimaldav instrument. Euroopa Kohus Saksamaa argumentidega ei nõustunud ja leidis, et liikmesriigil ei ole õigust kohustada äriühingut asutama uut ühingu kohaliku õiguse järgi, sest asutamisevabadus lubab äriühingul tegutseda vabalt EL-i piires.¹⁰⁵ Samuti ei vastanud Saksamaa seadusandlus Gebhardi testi kolmandale ja neljandale tingimusele: piirang ei olnud sobiv ega proportsionaalne eesmärgi saavutamiseks ehk võlausaldajate, töötajate kaitseks ja maksude vältimise peatamiseks.¹⁰⁶ Otsus on oluline ka põhjusel, et *Überseeringu* kohtuasjale eelnevad otsused puudutasid liikmesriike, kus kohaldati inkorporatsiooniteooriat. *Überseeringu* otsusega näitas kohus, et asutamisevabadus kohaldub ka riikidele, kus kasutatakse asukohateooriat.¹⁰⁷

¹⁰¹ *Centros*, p 34 – 37.

¹⁰² EK C-196/04, *Cadbury Schweppes*, lahendis võttis kohus seisukoha, et maksuküsimustes võib asutamisevabadust piirata, kui asutamisevabadust kasutatakse vaid kunstlikult parema maksuresidentsuse saavutamiseks. Samas EK lahendis C-106/16 (p 38) viitas kohus endiselt Centrose lahendile ja asutamisevabaduse eraldiseisvusele majandustegevusest.

¹⁰³ EK C-208/00, *Überseering*. Edaspidi: *Überseering*.

¹⁰⁴ S. Grundman, lk 596 – 597.

¹⁰⁵ *Überseering*, p 71 – 72; lk 82.

¹⁰⁶ *Überseering*, p 84 – 90; lk 92 – 93.

¹⁰⁷ S. Grundman, lk 601.

2.4. Peamise asukoha muutmine Euroopa Kohtu praktikas

2005. aastal otsustas EK kohtuasjas SEVIC¹⁰⁸ piiriülese ühinemise lubatavuse üle. Saksamaal registreeritud ühing SEVIC Systems AG ühines Luksemburgi äriühinguga Security Vision Concept SA. Ühinemisleping nägi ette Security Visioni lõpetamise likvideerimiseta ja tema vara ülemineku SEVIC-ule.¹⁰⁹ Saksamaa ärireister jättis ühinemise äriregistrisse kandmata põhjusel, et seadus (UmwG¹¹⁰ § 1 lg 1 p 1) lubab ühineda vaid õigussubjektidel, kelle asukoht on Saksamaal.¹¹¹ Saksamaa kohus küsis EK-ilt eelotsust, kas asutamisevabaduse artiklitega on vastuolus see, kui liikmesriik keeldub ühinemist äriregistrisse kandmast, kui üks kahest äriühingust asub teises liikmesriigis, samas kui ühinemine on võimalik olukorras, kus mõlemad äriühingud on sama liikmesriigi territooriumil.¹¹²

Asutamisevabaduse artiklite kohaldatavuse kohta märkis kohus vastavalt kohtujuristi ettepanekule, et asutamiseõiguse kohaldamisala hõlmab kõiki meetmeid, mis võimaldavad või lihtsustavad juurdepääsu teise liikmesriiki ning majandustegevusega tegelemist selles riigis. Piiriülesed ühinemised vastavad sarnaselt äriühingute ümberkujundamisega äriühingutevahelise koostöö ja konsolideerumise vajadustele. Tegemist on asutamisevabaduse eriliste kasutusviisidega, mis on olulised siseturu häireteta toimimiseks, ning mis kuuluvad seega sellise majandustegevuse hulka, mille puhul on asutamisevabaduse artiklite järgimine kohustuslik.¹¹³ Saksamaa sätestatud piirang takistab äriühingutel kasutamast asutamisevabadust, mis läheb vastuollu asutamisevabaduse artiklitega.¹¹⁴ See on lubatud üksnes juhul, kui taotletakse õiguspärast eesmärki, kui see on õigustatud ülekaaluka üldise huviga, kui piirang on sobilik ega ületa vajalikkuse piire.¹¹⁵

Saksamaa ja Madalmaade¹¹⁶ valitsused tuginesid taas argumentidele, et takistuse eesmärk on kaitsta võlausaldajaid, vähemusaktsionäre, töötajaid, säilitada maksukontrolli tõhusus ja tehingute ausus. Piiriülesed ühinemised nõuavad erinorme õigustatud isikute kaitseks, mis eeldab õigusnormide ühtlustamist ühenduse tasandil.¹¹⁷ Kohus lükkas argumentid ühtlustamise

¹⁰⁸ EK C-411/03, *SEVIC*. Edaspidi: *SEVIC*.

¹⁰⁹ *SEVIC*, p 6.

¹¹⁰ Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210; 1995 I S. 428), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2694) geändert worden ist. - https://www.gesetze-im-internet.de/umwg_1995/_1.html (20.03.2020).

¹¹¹ *SEVIC*, p 7.

¹¹² *SEVIC*, p 15.

¹¹³ *SEVIC*, p 18–19.

¹¹⁴ *SEVIC*, p 22.

¹¹⁵ *SEVIC*, p 23.

¹¹⁶ Madalmaade valitsus esitas ka vaidluses oma seisukoha.

¹¹⁷ *SEVIC*, p 24.

vajaduse kohta tagasi, leides, et ühenduseüleste normide olemasolu ei saa olla asutamisevabaduse kasutamise eeltingimuseks.¹¹⁸ Kuigi asjassepuutujate kaitse vajadus võib õigustada teatud tingimuste täitmise korral asutamisevabaduse piiramist, ei ohusta ühinemine nende huve. Kokkuvõttes leidis kohus, et Saksamaa seadusest tulenev meede ei ole seega vajalik¹¹⁹ ja läheb vastuollu asutamisevabaduse artiklitega.¹²⁰

Kohus andis mitu suunist, mis on asjakohased ka piiriülese ümberkujundamise puhul. Esiteks laiendas kohus asutamisevabadust kõigile meetmetele, mis lihtsustavad või võimaldavad majandustegevusega tegelemist teises liikmesriigis. Seega julgustab kohus liikmesriike võimaldama igasugust korporatiivset mobiilsust siseturu toimimise hüvanguks.¹²¹ Kohus viitas kohtujurist A. Tizzano arvamusele, et piiriülene ühinemine vähendab majandustegevuse katkemist, komplikatsioone, tähtaegu ja kulusid, mis on seotud muude äriühingu vormide muudatustega, nagu näiteks äriühingu lõpetamine likvideerimismenetlusega ja uue äriühingu asutamisel varade üleviimisega uuele äriühingule.¹²² Need samad argumendid käivad ühtlasi ka piiriülese ümberkujundamise kohta. Töö autor on arvamusel, et need argumendid on ümberkujundamise puhul isegi asjakohasemad, kuivõrd ümberkujundamisel ei ole vaja vara, õigusi ega kohustusi ühelt isikult teisele üle anda ning olemasolev ühing üksnes muudab oma õiguslikku vormi, erinevalt ühinemisest, mille puhul kahest ühingust saab üks. Kohus andis ka ühemõtteliselt mõista, et erinevate ja ühtlustamismeetmete puudumine ei saa takistada äriühingutel asutamisevabaduse kasutamist. Samuti on kohus SEVIC-u lahendis (nagu varasemalt ka Centrose ja Überseeringu lahendites) seadnud piiravatele siseriiklikele meetmetele väga kõrge õiguspärasuse standardi. SEVIC-u lahendist näeme, et ühinemise lubamine ainult piiratud ühinguvormidele ei ole kooskõlas asutamisevabaduse põhimõttega. SEVIC-u lahendis ei asu kohus seisukohale, et igasugune piiriülene mobiilsus peab olema võimalik, vaid et liikmesriigid ei tohi erinevalt kohelda siseriiklikke ja piiriüleseid mobiilsuse instrumente.¹²³ Kui näiteks Saksamaal ei oleks äriühingute ühinemine üldse võimalik, siis ei oleks Saksamaal ka kohustust lubada piiriülest ühinemist (enne piiriülese ühinemise direktiivi ülevõtmise tähtaega). Järelikult ütleb SEVIC-u lahend, et liikmesriigid, kus on võimalik siseriiklik äriühingu mobiilsus ehk ühinemine, ümberkujundamine või jagunemine, peavad võimaldama ka samaväärset piiriülest mobiilsust.

¹¹⁸ SEVIC, p 26.

¹¹⁹ SEVIC, p 30.

¹²⁰ SEVIC, resolutsioon.

¹²¹ SEVIC, p 19.

¹²² SEVIC, p 21.

¹²³ SEVIC, p 22.

16.12.2008 otsustas EK järgmises asutamisvabadust käsitlevas *Cartesio* kohtuasjas,¹²⁴ et ühingute piiriülene mobiilsus ei ole siiski piiritu. Selles asjas soovis Ungari täisühing viia oma tegevuskoha Itaaliasse, aga jääda registreerituks Ungarisse, et ühingule endiselt Ungari õigust kohaldataks. Ungari seadus sellist võimalust ette ei näinud.¹²⁵

Cartesio otsuselt oodati Daily Maili otsuse ümberlukkamist, eriti pärast liberaliseerivat SEVIC-u otsust.¹²⁶ Otsus käsitleb tegevuskoha, mitte registreeritud asukoha muutmist, seega ümberkujundamise seisukohalt ei ole otsus märgiline. Kohus siiski täpsustas oma Daily Mail otsusest tulenevat seisukohta, et liikmesriigil on õigus defineerida „ühendav asjaolu“,¹²⁷ mis seob äriühingu liikmesriigiga.¹²⁸ See tähendab, et liikmesriigil on õigus keelduda lubamast äriühingul tegevuskohta muuta teise liikmesriiki, kui äriühing soovib endiselt jääda kantuks lähteliikmesriigi registrisse. Teisalt, kui äriühing soovib muuta oma registrijärgset asukohta, siis ei ole liikmesriigil õigust äriühingut takistada. See kujutaks endas asutamisvabaduse piiramist.¹²⁹

EK kohtulahend *VALE*¹³⁰ asjaolude kohaselt oli olukord eelneva juhtumiga võrreldes vastupidine. Nimelt püüdis Itaalias registreeritud äriühing *VALE Costruzioni S-r-l* kujundada end ümber Ungari äriühinguks ja lõpetada Itaalias igasugune tegevus. Kui *VALE Costruzioni* püüdis end Ungaris registreerida, näidates ennast *VALE Costruzioni* Itaalia ühingu õigusjärglasena, keeldus kohalik register *VALE Costruzionit* Ungarisse registreerimast. Kohus põhjendas keeldumist sellega, et Ungari ühinguõigus ei näe ette õigusjärglasena välisriigi ühingu registreerimist.¹³¹

EK märkis, et piiriülene ümberkujundamine on keeruline ja toob kaasa spetsiifilisi probleeme, sest kohaldada on vaja kahte siseriiklikku õigust samaaegselt.¹³² See ei tähenda, et EL-i tasandil harmoniseerivate reeglite puudumine võiks tingida ELTL-i artiklite 49 ja 54 kohaldamata jätmise.¹³³ Samuti leidis EK sarnaselt SEVIC-u lahendiga, et kuigi võlausaldajate jt huvide kaitseks on võimalik asutamisvabadust piirata, siis peavad piirangud vastama Gebhardi testile.¹³⁴ Nimetatud asjas selline õigustus puudus, sest Ungari õigus keelas üldiselt piiriülese

¹²⁴ EK C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*. Edaspidi: *Cartesio*.

¹²⁵ M. Myszke-Nowakowska, lk 114.

¹²⁶ *Ibid*, lk 113.

¹²⁷ Inglise keeles “*connecting factor*.”

¹²⁸ *Cartesio*, p 110.

¹²⁹ *Cartesio*, p 112 – 113.

¹³⁰ EK C-372/10, *VALE Építési kft*. Edaspidi: *VALE*.

¹³¹ M. Myszke-Nowakowska, lk 130; *VALE*, p 9 – 13.

¹³² *VALE*, p 37.

¹³³ *VALE*, p 38.

¹³⁴ *VALE*, p 39.

ümberkujundamise isegi juhul, kui kellegi huvid ei ole ohus.¹³⁵ Järelikult on asutamisvabaduse artiklitega vastuolus siseriiklikud õigusnormid, mis näevad siseriiklikele äriühingutele ette ümberkujundamise võimaluse, kuid ei võimalda üldiselt teises liikmesriigis registreeritud äriühinguid ümber kujundada kohalikuks äriühinguks.¹³⁶ Kohus võttis sellise seisukoha juba SEVIC-u lahendis, aga ühinemisega seonduvalt. VALE lahend laiendas sama põhimõtte ka ümberkujundamisele, mis oli juba SEVIC-u lahendiga analoogia korras tuletatav.

Obiter dictumi kaudu mainib kohus, et kui liidu õigus ei sisalda õigusnorme liidu tasemel kaitstavate õiguste tagamiseks, siis tuleb iga liikmesriigi õiguskorras ette näha õigussubjektidele nende liidu õiguste tagamise üksikasjalik kord. Seda tingimusel, et see vastab võrdväärsuse põhimõttele ega muuda liidu õiguskorras tulenevate õiguste kasutamist tegelikult võimatuks või ülemäära raskeks (tõhususe põhimõte).¹³⁷ Järelikult, kui erinorme piiriüleseks ümberkujundamiseks ei ole, siis tulebki kohaldada siseriiklike ümberkujundamise sätteid, mis reguleerivad näiteks asutamist, tegevust, bilansi koostamise või varade inventuuri nõudeid.¹³⁸ Kui liikmesriik seab asutamiseks või ümberkujundamiseks karmid nõuded, siis võib neid nõudeid kohaldada samuti ka teistest liikmesriikidest tulevatele äriühingutele. Küll ei või liikmesriigid üleüldiselt keelduda teiste liikmesriikide äriühingute ümberkujundamisest ega keelduda kandmast neid registrisse teise liikmesriigi äriühingu õiguseellasena.¹³⁹ Õiguseelsuse registrisse kandmine on muuhulgas tarvilik võlausaldajate teavitamiseks. Ei ole põhjust eristada siseriiklike ja võõrriikide äriühinguid õiguseellastena registreerimiseks. See läheb vastuollu võrdväärsuse põhimõttega, mille alusel tuleb siseriiklike ja võõrriikide äriühinguid võrdselt kohelda.¹⁴⁰

Kohus vastas ka küsimusele, kas liikmesriik peab arvestama teise liikmesriigi ametlikke dokumente, mis on vajalikud ümberkujundamiseks. Piiriülese ümberkujundamise puhul võib äriühingul olla võimatu tõendada nii lähte- kui sihtkohaliikmesriigi nõuetele vastavust, kui sihtkohaliikmesriik ei aktsepteeri lähteliikmesriigis koostatud dokumente. Seega tõhususe põhimõttest tulenevalt peab sihtkohaliikmesriigi register võtma vastu äriühingu dokumendid isegi juhul, kui need on lähteliikmesriigis koostatud.¹⁴¹

¹³⁵ VALE, p 40.

¹³⁶ VALE, p 41.

¹³⁷ VALE, p 48.

¹³⁸ VALE, p 51.

¹³⁹ VALE, p 56.

¹⁴⁰ VALE, p 57.

¹⁴¹ VALE, p 60 – 61.

VALE otsuse kohta võib öelda, et see annab võimaluse piiriülesteks ümberkujundamiseks. Hoolimata EL või siseriiklike normide puudumisest on äriühingutel õigus tugineda asutamisevabaduse põhimõttele ja viia registreeritud asukoht teise liikmesriiki. Küll peab äriühing jälgima mõlema liikmesriigi nõudeid riigist väljumiseks ja sisenemiseks. Otsus ei tähenda, et igal äriühingul on lihtsalt õigus ennast teise liikmesriiki ümber kujundada, vaid seda, et sihtkohariigi nõudeid järgides (mis ei lähe vastuollu liidu õigusega) peab sihtkohariik äriühingu vastu võtma.

Magistritöö kirjutamise hetkel värskem olemasolev lahend Polbud¹⁴² on mitmes mõttes sarnane VALE lahendile. Poola äriühing Polbud soovis viia oma registreeritud asukoha Luksemburgi, aga jätkata majanduslikku tegevust Poolas,¹⁴³ erinevalt VALE kaasusest, kus lõpetati lähteliikmesriigis ka majanduslik tegevus. Poola register keeldus Poola äriühingut registrist kustutamast enne, kui äriühing on läbi viinud likvideerimismenetluse.¹⁴⁴ Likvideerimiskohustust õigustati taaskord võlausaldajate, väikeosanike või -aktsionäride ja töötajate huvide kaitse eesmärgiga.¹⁴⁵

Euroopa Kohus selgitas, et asutamisevabadus kehtib äriühingutele ka olukorras, kus soovitakse oma registrijärgne asukoht viia teise liikmesriiki, aga tegevust jätkata algses liikmesriigis.¹⁴⁶ Likvideerimiskohustuse võib liikmesriik ette näha, kui see meede on sobiv ega lähe kaugemale sellest, mis on eesmärgi saavutamiseks vajalik¹⁴⁷ ehk kohus viitab taas Gebhardi testile. Sarnaselt VALE-le ei ole õigustatud igasugune keeld olenemata tegelikust huvitatud isikute kahjustamisest. Likvideerimisnõue oleks Polbudi asjas kohtu hinnangul põhjendatud üksnes juhul, kui on tuvastatud tegelik oht huvitatud isikutele.¹⁴⁸ Kohus ei nõustunud Poola valitsuse väitega, et likvideerimiskohustus väldib kuritarvitamist. Selline argument ei ole veenev, sest asukoha muutmine ei ole tegevus, mis kujutaks endast kuritarvitamist.¹⁴⁹

¹⁴² EK C-106/16, *Polbud — Wykonawstwo sp. z o.o.* Edaspidi: *Polbud*.

¹⁴³ *Polbud*, p 8.

¹⁴⁴ *Polbud*, p 11.

¹⁴⁵ *Polbud*, p 53.

¹⁴⁶ *Polbud*, p 51.

¹⁴⁷ *Polbud*, p 56.

¹⁴⁸ *Polbud*, p 56 – 58.

¹⁴⁹ *Polbud*, p 62.

2.5. Euroopa Kohtu kujundatud piiriülese ümberkujundamise mudel

Eelnevast nähtub seega, et kuivõrd ELTL-i artiklid 49 ja 54 on otsekohalduvad hetkeni, kuni jõustuvad liidu või siseriiklikul tasandil sobivad meetmed asutamisvabaduse võimaldamiseks, siis enne direktiivi 2019/2121 ülevõtmist on võimalik tugineda otse nimetatud artiklitele kui alusele piiriülese ümberkujundamise läbiviimiseks. Kohalik register või pädev asutus peab sellisel juhul lähtuma muuhulgas eelnevalt analüüsitud EK lahenditest. Ka Eesti kohtupraktikas on märgitud, et siseriiklikku õigust tuleb tõlgendada nii, et see ei läheks vastuollu EL-i õigusega.¹⁵⁰

Euroopa Kohus on selgitanud, et üldised kohustused ja keelud, mis takistavad asutamisvabaduse kasutamist ilma konkreetsest asjaolust tuleneva riskita, lähevad vastuollu asutamisvabaduse põhimõttega. Näiteks on EK Polbudi lahendis otseselt keelanud liikmesriikidel nõuda äriühingutelt likvideerimis- või lõpetamismenetluse läbi viimist, et äriühingutel oleks võimalik piiriülesest ümber kujuneda. Selline lähenemine paneb liikmesriigid ebamugavasse olukorda, sest pädevatel asutustel tekib kohustus anda ümberkujundamismenetlusele sisuline hinnang. Eestis on registrimenetlus formaalne, mõne üksiku erandiga. Seega tekib registriosakonnale kohustus analüüsida piiriülest ümberkujundamist sisuliselt, aga ettevalmistust või Eesti õigusest tulevat pädevust registriosakonnal selleks ei ole.¹⁵¹ Seda, et Eesti registrimenetlus on pigem formaliseeritud dokumendimenetlus, on kinnitanud ka Riigikohus, sedastades, et registripidajal ei ole õigust keelduda kande tegemisest näiteks põhjusel, et äriühingu otsus on näilik (ja seetõttu TsÜS § 89 järgi tühine).¹⁵²

Euroopa Kohus andis Polbudi ja VALE lahenditega selgelt juhised, et liikmesriigid peavad lubama äriühingutel asukohariigist lahkuda ja sihtkohariiki ümber registreerida. Polbudi lahend andis võimaluse ka äriühingu registreeritud asukoht mujale viia, aga jätta majandustegevus asukohariiki. Täpsemalt peavad liikmesriigid võimaldama:

- 1) äriühingutel kujundada end ümber teise liikmesriigi äriühinguks majandustegevuse üleviimisega;¹⁵³ ning

¹⁵⁰ RKPJK arvamus nr 3-4-1-3-06, p 16.

¹⁵¹ Registripidaja pädevust reguleerib mh äriseadustiku 4. peatükk. Vastavalt ÄS § 33 lg-le 5 on registripidajal õigus kannet registrisse teha ainult siis, kui dokumendid vastavad seadusele.

¹⁵² RKTko 3-2-1-139-08, p 8.

¹⁵³ VALE, *Cartesio*.

- 2) äriühingutel kujundada end ümber teise liikmesriigi äriühinguks selliselt, et majandustegevus jätkub lähteliikmesriigis¹⁵⁴ ehk äriühingult ei tohi nõuda tegeliku majandustegevuse üleviimist.¹⁵⁵

Kui liikmesriigil ei ole selleks eraldi menetlusnorme, siis tuleb piiriülese ümberkujundamise võimaldamiseks analoogia korras kohaldada siseriiklikke norme äriühingute ümberkujundamiseks.¹⁵⁶

Saksamaa Saarimaa liidumaa ülemkohus¹⁵⁷ tegi 2020. aasta alguses samuti märgilise lahendi, kinnitades EK seisukohti. Saksamaal registreeritud GmbH¹⁵⁸ soovis end ümber kujundada Prantsusmaa ekvivalentseks S.à r.l. ühinguvormiks.¹⁵⁹ Sarnaselt Eestile on Saksamaa äriõiguses sätestatud, et ühingud võivad end ümber kujundada ainult teisteks Saksamaa ühinguvormideks, piiriülese ümberkujundamise sätted puuduvad. Sellest hoolimata võttis kohus seisukoha, et EK kohtupraktikat arvestades peab olema piiriülene ümberkujundamine võimalik. Kuivõrd Saksamaal eriregulatsiooni piiriüleseks ümberkujundamiseks ei ole, siis tuleb analoogia korras kohaldada olemasolevaid siseriiklikke õigusnorme. Kohus leidis, et äriühing peab lisaks Saksamaa ümberkujundamise normidele kohaldama ka piiriülese ühinemise norme, sest piiriülesel ümberkujundamisel on sarnaselt ühinemisele vaja kaitsta töötajaid, võlausaldajaid, aktsionäre jne. Kokkuvõttes ei rahuldanud kohus kohtuasja ümberkujundamist läbiviiva äriühingu kasuks, sest äriühing oli kohaldanud analoogia korras Saksamaa ümberkujundamist puudutavaid õigusnorme, mitte piiriülese ühinemise norme. Sellegipoolest kinnitas kohus, et põhimõtteliselt tuleb piiriülest ümberkujundamist lubada.

Samuti seab EK praktika kindlad tingimused, millele peavad siseriiklikud normid vastama, et ei tekiks vastuolu asutamisevabaduse artiklitega (ehk Gebhardi testiga). Esiteks on vajalik ülekaaluka avaliku huvi olemasolu, kusjuures EK on leidnud, et ülekaaluka avaliku huviga võib olla tegemist juhul, kui eesmärk on kaitsta võlausaldajaid, vähemusaktsionäre, töötajaid.¹⁶⁰ Samuti on ülekaalukas avalik huvi olemas sellistes valdkondades nagu finantsjäreelvalve,¹⁶¹

¹⁵⁴ *Polbud*.

¹⁵⁵ *Centros*; *Polbud*, p 38.

¹⁵⁶ *VALE*.

¹⁵⁷ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 7.1.2020 – 5 W 79/19. Saksamaal ei jõua tihti kohtuvaidlused föderaalkohtu tasemele, seega on olulise tähendusega ka liidumaade ülemkohtute praktika.

¹⁵⁸ Saksa keeles *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*.

¹⁵⁹ Prantsuse keeles *Société à responsabilité limitée*.

¹⁶⁰ *Überseering*; *SEVIC*.

¹⁶¹ EK C-167/01, *Inspire Art*.

kaubamärkide kaitse, äritegevuse õigluse kaitse, maksuküsimused,¹⁶² keskkonna kaitse, sotsiaalsed ja hasartmängudega seotud tegevused.¹⁶³

Teiseks peab meede võrdväärselt kohtlema kohalikke ja teiste riikide äriühinguid. See tähendab muuhulgas seda, et liikmesriik ei saa piirata teatud ühingu vormi muutmise protsesse ainult siseriiklikele ühinguvormidele.¹⁶⁴ Kolmandaks peab meede olema proportsionaalne ja sobivalt vajalik. Proportsionaalseks ei saa pidada liikmesriigi nõuet liikmesriigis tegutseda läbi kohaliku õiguse järgi asutatud juriidilise isiku.¹⁶⁵ Eelnevast tulenevalt võib töö autori arvates järeldada, et olenemata sellest, kas liikmesriikide seadustes on reeglid piiriülese ümberkujundamise jaoks olemas või mitte, peab ka enne direktiivi ülevõtmist olema võimalik äriühingut teise liikmesriigi ühinguks ümber kujundada.

¹⁶² *Daily Mail*.

¹⁶³ I. Wuisman, M. Mannan, lk 46.

¹⁶⁴ *SEVIC*.

¹⁶⁵ *SEVIC; Überseering*.

3. PEAMISE ASUKOHA MUUTMINE PIIRIÜLESE ÜMBERKUJUNDAMISE KAUDU

3.1. Piiriülese ümberkujundamise õigusliku reguleerimise vajalikkus

Kuna olemasolevad võimalused ei ole osutunud piisavalt edukaks piiriülese mobiilsuse võimaldamiseks optimaalselt ja efektiivselt, siis on tõusnud vajadus täiendavate instrumentide arendamiseks. SE kasutamine on võimalik vaid piiratud tingimustel, mida paljud ettevõtjad ilmselt ei suuda täita. Piiriülene ühinemine on disainitud tehinguliseks toiminguks, mis loob ebavajalikke takistusi restruktureerimise jaoks ja millega kaasneb ka suurem ajakulu. SUP-i direktiivi ettepanekut ei võetud kunagi vastu.

Euroopa Komisjoni poolt tellitud uuring leidis, et hinnanguliselt on piiriülene ühinemine kulukam kui seda oleks ümberkujundamine. Umbkaudne kulu piiriülesel ühinemisel on äriühingule kokku umbes 120 000 eurot. Ümberkujundamise puhul seevastu on eeldatav kulu vahemikus 20 000 – 40 000 eurot olenevalt liikmesriikidest ja äriühingutest.¹⁶⁶ Siiski on keeruline viia läbi piiriülest ümberkujundamist olukorras, kus liidu tasandil ei ole harmoniseerivaid norme, kuivõrd igal liikmesriigil on ümberkujundamiseks oma menetluslikud iseärasused ja materiaalõiguslikud kriteeriumid. Seega on EL-is püütud juba mõnda aega harmoniseerida ka piiriülest ümberkujundamist, mis õnnestus alles 2019. aasta novembris, kui Euroopa Nõukogu ja Parlament võtsid vastu direktiivi 2019/2121, mis sätestab tingimused piiriülese ümberkujundamise läbiviimiseks ning jagunemiseks ja muudab ka teatud aspekte piiriülese ühinemise juures. Kui eelnevas alapeatükis analüüsis magistritöö autor erinevaid võimalusi piiriüleseks mobiilsuseks üldiselt ja kokkuvõtlikult, siis piiriülese ümberkujundamise puhul analüüsib magistritöö autor vastuvõetud direktiivijärgset ümberkujundamise korda muuhulgas ka suurema detailsusastmega. Piiriülese ümberkujundamise detailsete nõuete analüüs on oluline, sest takistused piiriüleseks mobiilsuseks ehk asutamisvabaduse kasutamiseks on tihtipeale seotud just tehniliste iseärasustega: miinimumkapitali nõuded, kohustuslikud ooteajad, aruannete ja erinevate dokumentide koostamine jmt. Selleks, et piiriülene ümberkujundamine tõesti täidaks oma eesmärgi ja üldisemaid EL õiguskorra poolt loodud ootusi asutamisvabaduse kasutamiseks, peab piiriülese ümberkujundamise menetlus arvestama erinevate huvigruppide õigustega, tagades samas menetluse efektiivsuse ja lihtsuse.

¹⁶⁶ Ernst & Young, lk 58.

3.2. Harmoniseeritud piiriülese ümberkujundamise kord

3.2.1. Piiriülese ümberkujundamise kord liikmesriigist väljumisel

Piiriülese ümberkujundamise läbiviimine koosneb järgmistest sammudest: esimese asjana tuleb koostada alusdokumendid ehk piiriülese ümberkujundamise otsuse projekt ning haldus- või juhtorgani aruanne. Projekti koostamine on äriühingu haldus- või juhtorgani ülesanne ja selles tuleb märkida äriühingu lähteliikmesriigi ja ümberkujundamisjärgselt sihtliikmesriigi õiguslik vorm, nimi, asukoht. Samuti sisaldab projekt piiriülese ümberkujundamise ajakava ja erinevaid soodustusi või tagatisi, mis huvigruppidele (näiteks töötajad, võlausaldajad ja osanikud või aktsionärid) kättesaadavaks tehakse. Projekt peab detailselt selgeks tegema läbiviimise tingimused ja piiriülese ümberkujundamise tervikmõju, sh näiteks mõju tööhõivele.¹⁶⁷

Koos projektiga koostab äriühingu haldus- või juhtorgan aruande, mis on suunatud osanikele või aktsionäridele ja töötajatele. Aruande eesmärk on selgitada äriühingu ümberkujundamise juriidilisi ja majanduslikke aspekte ning vastavat mõju töötajatele ja äriühingu tegevusele tulevikus.¹⁶⁸ Osanikele või aktsionäridele ja töötajatele esitatavad aruanded võib koostada koos ühe aruandena või eraldi aruannetena osanikele või aktsionäridele ja töötajatele.¹⁶⁹ Aruanded tehakse töötajatele ja osanikele või aktsionäridele kättesaadavaks elektrooniliselt kuus nädalat enne osanike või aktsionäride koosolekut, kus otsustatakse piiriülese ümberkujundamine.¹⁷⁰ Osanikele või aktsionäridele suunatud aruandes selgitatakse, milline on rahaline hüvitis väljaostuõiguse kasutamise korral ning mis meetodi kaudu hüvitis kindlaks määrati. Samuti selgitatakse piiriülese ümberkujundamise mõju osanikele või aktsionäridele ja võimalikke õiguskaitsevahendeid.¹⁷¹ Asjakohased õiguskaitsevahendid osanike või aktsionäride jaoks on osade või aktsiate võõrandamise õigus.¹⁷²

Piiriülese ümberkujundamise otsuse projekti peab läbi vaatama sõltumatu ekspert, kes koostab osanikele või aktsionäridele aruande. Aruanne peab olema neile kättesaadav kõige hiljem kuu aega enne osanike või aktsionäride üldkoosoleku kuupäeva.¹⁷³

¹⁶⁷ Direktiiv 2019/2121, art 86d.

¹⁶⁸ Direktiiv 2019/2121, art 86e(1).

¹⁶⁹ Direktiiv 2019/2121, art 86e(2).

¹⁷⁰ Direktiiv 2019/2121, art 86e(6).

¹⁷¹ Direktiiv 2019/2121, art 86e(3).

¹⁷² Direktiiv 2019/2121, art 86i.

¹⁷³ Direktiiv 2019/2121, art 86f(1).

Pärast sõltumatu eksperdi aruande kättesaadavaks tegemist on võimalik vastu võtta piiriülese ümberkujundamise otsus. Kui otsus on vastu võetud, on äriühingul võimalik taotleda pädevalt asutuselt piiriülese ümberkujundamise tõendit (ümberkujundamiseelne tõend). Kui on olemas piiriülese ümberkujundamise tõend, siis peab ümberkujundamise heaks kiitma ka sihtliikmesriigi pädev asutus (kohus, notar või muu pädev asutus). Kui sihtliikmesriigis kantakse äriühing registrisse, siis saab piiriülese ümberkujundamise lõpule viia ja äriühingu lähteliikmesriigi registrist kustutada. Sellega loetakse piiriülene ümberkujundamine jõustunuks.

Ajaliselt on võimalik toimingud jaotada järgmiselt. Haldus- või juhtorgani aruanne peab olema tehtud elektrooniliselt kättesaadavaks kuus nädalat enne piiriülese ümberkujundamise koosolekut. Kuu aega enne piiriülese ümberkujundamise koosolekut peab olema avalik ja kättesaadav piiriülese ümberkujundamise otsuse projekt ja sõltumatu eksperdi aruanne. Pärast piiriülese ümberkujundamise otsuse vastuvõtmist koosolekul tuleb esitada taotlus piiriülese ümberkujundamise tõendi saamiseks. Vastaval asutusel on aega pärast seda kolm kuud piiriülese ümberkujundamise õiguspärasuse kontrollimiseks. Teoreetiliselt peaks olema võimalik piiriülene ümberkujundamine läbi viia kõige vähem nelja ja poole kuuga, olenevalt sellest, kui kaua piiriülese ümberkujundamise õiguspärasust kontrollitakse.

Direktiivis 2019/2121 on mitmeid küsimusi, mis jäävad liikmesriikide enda otsustada. Liikmesriigil on õigus keelduda piiriülese ümberkujundamise tõendi väljastamisest, kui on kahtlus, et piiriülese ümberkujundamise eesmärk on menetlust kuritarvitada või panna toime pettus.¹⁷⁴ Samas ei ole liikmesriikidele antud juhiseid, kuidas üldse kuritarvitust või pettust direktiivi 2019/2121 mõttes sisustada. Lisaks sellele tuleb liikmesriikidel sisustada ka erinevate huvigruppide kaitseks sätestatud artikleid ja seda, kuidas neid kohaldada: täpsemalt näiteks osaniku või aktsionäri õigus õiglasele hüvitisele äriühingust väljumiseks piiriülese ümberkujundamise läbiviimise korral või täiendavate tagatiste olemus võlausaldajate kaitseks.

Ilmselt tuleb Eesti õiguskorras muuta ka juriidilisele isikule kohalduva õiguse reegleid. Rahvusvahelise eraõiguse seaduse¹⁷⁵ (REÕS) § 14 lg 1 sätestab, et juriidilisele isikule kohaldatakse selle riigi õigust, mille kohaselt ta on asutatud. Sama normi lõige 2 sätestab ka erireegli, et kui juriidilist isikut juhitakse tegelikult Eestist või põhitegevus toimub Eestis, siis kohaldatakse ikkagi Eesti õigust.¹⁷⁶ Piiriülene ümberkujundamine tähendab olemuslikult seda, et juriidiline isik lakkab olemast lähteliikmesriigis õiguslik subjekt ja muutub sihtliikmesriigi

¹⁷⁴ Direktiiv 2019/2121, art 86m(8).

¹⁷⁵ Rahvusvahelise eraõiguse seadus. - RT I, 26.06.2017, 31.

¹⁷⁶ REÕS § 14 lg 2.

õiguse subjektiks. See läheb otseselt vastuollu REÕS § 14 lg-st 1 tuleneva reegluga, et juriidilisele isikule kohaldatakse asutamiskoha õigust.

3.2.2. Piiriülese ümberkujundamise kord liikmesriiki sisenemisel

Sihtliikmesriigil on piiriülese ümberkujundamise korral võrreldes lähteliikmesriigiga rohkem formaalne roll. Sihtliikmesriigis kontrollib pädev asutus (eelduslikult Eestis kohtu registriosakond¹⁷⁷) piiriülese ümberkujundamise õiguspärasust enda riigi õiguse järgi. Äriühing peab järgima kohalikus õiguses ette nähtud asutamist ja registrisse kandmist reguleerivaid õigusnorme.¹⁷⁸

Äriühing peab esitama sihtliikmesriigi pädevale asutusele heakskiidetud piiriülese ümberkujundamise projekti, kusjuures äriühingul peab olema võimalik teha seda internetis ilma füüsiliselt kohale minemata.¹⁷⁹ Ümberkujundamiseelne tõend kinnitab sihtliikmesriigile, et lähteliikmesriigi nõuded piiriüleseks ümberkujundamiseks on täidetud. Ühtlasi seab direktiiv ulatuslikuma kontrollkohustuse lähteliikmesriigile, seega kinnitab ümberkujundamiseelne tõend direktiivist tulenevate nõuete täitmist lisaks siseriikliku õiguse täitmisele.

Selge ei ole sihtliikmesriigi pädevuse ulatus siseriiklike õigusnormide kehtestamisel sisenevate äriühingute jaoks. Direktiiv sätestab, et sihtliikmesriik saab sätestada oma tingimused äriühingute asutamiseks.¹⁸⁰ Euroopa Kohus on seisukohal, et äriühingud on „rahvusliku õiguse moodustised.“¹⁸¹ See tähendab, et liikmesriikidel on õigus otsustada need tingimused, mille alusel võib äriühingut pidada just selle liikmesriigi äriühinguks. Näiteks on EK lahendis *Cartesio* selgitanud, et liikmesriigil on õigus seada tingimuseks, et liikmesriigis registreeritud äriühingute juhatuse asukoht (*real seat*) peab asuma selles samas liikmesriigis.¹⁸² Küll ei tohi need tingimused muutuda ebavajalikeks piiranguteks, mis takistavad äriühingul asutamisevabaduse kasutamist.¹⁸³ EK lahendi *VALE* asjaolude kohaselt üritas Itaalias registreeritud äriühing end kujundada ümber Ungaris registreeritud äriühinguks. Kohus

¹⁷⁷ Vastavalt AS § 433⁹ lg-le 6 kontrollib piiriülesel ühinemisel ühinemise õiguspärasust registripidaja ning vastavalt SEPS § 4 lg-le 4 kontrollib sihtliikmesriigis ühinemise õiguspärasust samuti registripidaja.

¹⁷⁸ Direktiiv 2019/2121, art 86o(1).

¹⁷⁹ Direktiiv 2019/2121, art 86o(2).

¹⁸⁰ F. Garcimartin, E. Gandia. Cross-Border Conversions in the EU: The EU Commission Proposal. - European Company and Financial Law Review 2019/1-2, lk 40.

¹⁸¹ “Since companies are creatures of national law, they must continue to observe the requirements laid down by the legislation of their State of incorporation.” – *Überseering*, p 40.

¹⁸² *Cartesio*, p 110.

¹⁸³ See on võimalik vaid ülekaaluka avaliku huvi kõrval lähtudes *Gebhardi* testi kriteeriumitest.

selgitas, et kui EL ei sätesta reegleid asutamisevabaduse kasutamiseks, peab seda tegema siseriiklik õigus. Siseriiklik õigus ei tohi olla piiriülese ümberkujundamise puhul piiravam kui siseriikliku ümberkujundamise puhul (võrdväarsuse printsiip) ning siseriiklik õigus ei tohi teha asutamisevabaduse kasutamist liigselt keeruliseks või võimatuks (efektiivsuse printsiip).¹⁸⁴ Näiteks on võrdväarsuse põhimõttega kooskõlas sihtliikmesriigi nõue, et piiriülest ümberkujundamist läbi viiv äriühing esitaks varade ja kohustuste nimekirja¹⁸⁵ ning samuti nõue, et äriühing tooks oma juhatuse asukoha sihtliikmesriiki.¹⁸⁶

3.2.3. Piiriülese ümberkujundamise harmoniseerimise kohasus

Seni, kuni direktiivi 2019/2121 ei ole veel üle võetud, on äriühingutel ainult piiratud võimalused peamise asukoha muutmiseks. Peamise asukoha muutmiseks kasutatakse kas piiriülest ühinemist äriühingu tütarühinguga või lihtsalt äritegevuse tütarühingusse viimist. SE-d ei ole osutunud praktiliselt kasutuskõlblikuks variandiks, muu hulgas nõuab SE moodustamine samuti piiriülese elemendi ehk teises liikmesriigis asuva äriühingu olemasolu. Seega on SE loomiseks vajalikud sarnased tingimused nagu piiriüleseks ühinemiseks, aga SE seab rangemad tingimused loomiseks (nagu 120 000 euro suurune aktsiakapital, töötajate kaasamine jne). Mõlema viisiga kaasnevad võrdlemisi kõrged kulud, hinnanguliselt üle 100 000 euro.¹⁸⁷ SUP ühinguvorm ei jõudnud kunagi jõustumiseni. See on viinud olukorrani, kus hetkel on piiriülene mobiilsus praktikas kasutatav vaid suurtele ettevõtetele, sest VKE-de jaoks ei tasu selline kulu piiriülese mobiilsuse ettevõtmist ära. P.-H. Conaci artiklis¹⁸⁸ on viidatud 2011. aastal avalikustatud uuringule, kus leiti, et vaid 2% VKE-dest asutab mõnda teise liikmesriiki ühingu (tütarühingu, filiaali või ühissetevõtte¹⁸⁹). Järelikult toimib siseturg tegelikkuses vaid suurte ettevõtete jaoks ning asutamisevabadus on VKE-de jaoks piiratud. Piiriülene ümberkujundamine ei ole suunatud vaid VKE-dele, aga ilmselt aitab direktiiv kaasa enim just sellist tüüpi äriühingute piiriülesele liikumisele.

¹⁸⁴ VALE, p 48.

¹⁸⁵ VALE, p 52.

¹⁸⁶ M. Szydło. The Right of Companies to Cross-Border Conversion under the TFEU Rules on Freedom of Establishment. - European Company and Financial Law Review 2010/3, lk 439.

¹⁸⁷ Ernst & Young, lk 58.

¹⁸⁸ P.-H. Conac, lk 140.

¹⁸⁹ Inglise keeles *joint venture*.

Ei ole teada, kui hõlbus ja teostatav hakkab piiriülene ümberkujundamine tegelikkuses olema enne, kui enamik liikmesriike on direktiivi 2019/2121 üle võtnud. Küll võib olemasolevaid võimalusi võrreldes arutleda, kas direktiiv 2019/2121 muutub äriühingute jaoks asutamisevabaduse kasutamist hõlbustavaks vahendiks või mitte.

Viidates Ernst & Young-i 2018. a uuringule, on keskmine õigusabi jt teenuste kulu SE asutamise puhul üle 100 000 euro. Piiriülese ühinemise puhul on kulu hinnanguliselt 30 000 kuni 60 000 eurot. Nende hinnangul võiks piiriülese ümberkujundamise puhul keskmine sääst olla 5 000 kuni 15 000 eurot.¹⁹⁰ Direktiivi 2019/2121 mõjuhinnangus on optimistlikumalt leitud, et direktiivi mõjul peaksid äriühingud piiriülese ümberkujundamisega säästma 12 000 kuni 19 000 eurot võrreldes olemasolevate lahendustega.¹⁹¹ Magistritöö autori hinnangul aitavad madalamad kulud ilmselt kaasa piiriülese mobiilsuse kasutamisele ja seega ka siseturu arengule. Magistritöö autor lähtub eeldusest, et harmoniseerimise ulatus on seotud otseselt piiriülese ümberkujundamise kulukusega. Mida minimaalsemalt on harmoniseerimine toimunud, seda enam on liikmesriikidel pädevus sätestada oma nõuded piiriülese ümberkujundamise läbiviimiseks. Direktiivis on mitmeid küsimusi, kus ei ole isegi alusmaterjalide, õiguskirjanduse ja kohtupraktika abil võimalik teha ühest järeldust, kuidas neid lahendada peaks. Üheks ilmekaks näiteks on direktiivis sätestatud võimalus piiriülese ümberkujundamise takistamiseks juhul, kui on alust kahtlustada pettust või kuritarvitamist. Direktiivi töödokumentides ei ole täpsemalt selgitatud, mida nende mõistete all mõeldakse. See tähendab praktikas seda, et olenevalt kohalikust õiguskorrast ja kultuurilistest eripäradest sisustab iga liikmesriik neid mõisteid tõenäoliselt erinevalt. Erisused liikmesriikide vahel toovad kaasa kõrgemad kulud õigusabile ja muule nõustamisele ja seega otseselt muudavad ümberkujundamise protsessi kulukamaks. Lisakuluga kaasneb suurem ebakindlus piiriülese ümberkujundamise praktilise võimalikkuse kohta. Järelikult on piiriülene ümberkujundamine kui soodsam alternatiiv SE-le ja piiriülesele ühinemisele võimalik vaid siis, kui liikmesriikide vahel ei teki harmoniseerimata küsimustes olulisi ebakõlasid.

Eelviidatud uuringus on ka analüüsitud aega, mis keskmiselt piiriüleseks ümberkujundamiseks kulub. Liikmesriikides, kus piiriülene ümberkujundamine on reguleeritud, on see keskmiselt 3 – 6 kuud.¹⁹² Justiitsministeeriumi tellitud uuringus, kus uuriti piiriülest mobiilsust Eestis, oli ühe intervjuueeritava hinnangul näiteks ajakulu piiriülesele ühinemisele 12 – 18 kuud.¹⁹³ Kuigi

¹⁹⁰ Ernst & Young, lk 68.

¹⁹¹ Ettepanek piiriüleseks ümberkujundamiseks. Peatükk 2, proportsionaalsus.

¹⁹² Ernst & Young, lk 73-74.

¹⁹³ A. Pavelts, E. Kallaste, J. Järve, U. Volens. Ühingute piiriülese liikumise reguleerimine Euroopa Liidus. Tallinn: Justiitsministeerium 2017, lk 49. -

intervjueeritava hinnang ajakulule on subjektiivne ja pole kontrollitav, võib hinnanguliselt siiski öelda, et ühinemislepingu avalikustamise nõude, piiriülese ühinemise projektiga tutvumise¹⁹⁴ ja registrimenetlusele kuluva aja tõttu on piiriülene ühinemine minimaalselt teostatav kuue kuuga, aga ilmselt võtab veelgi kauem aega. Direktiivi 2019/2121 ettepanek juhtis tähelepanu, et piiriülesel ühinemisel puudub lihtsustatud menetluskord. Direktiiv 2019/2121 sätestabki lihtsustatud menetluskorra: võimalik on kokkuleppel loobuda haldus- või juhtorgani aruannetest osanikele või aktsionäridele ja töötajatele.¹⁹⁵ Osanike või aktsionäride kokkuleppel võib loobuda ka sõltumatu eksperdi aruandest ja otsuse projekti kontrollimisest.¹⁹⁶

Justiitsministeeriumi tellitud uuringus intervjueeriti kaheksat isikut, kes plaanisid peamise asukoha kas Eestisse tuua või Eestist ära viia registreeritud asukoha muutmise (ehk ümberkujundamise) kaudu. Nendest kaheksast isikust 4 loobus oma algsest plaanist, üks ootas intervjuerimise seisuga osanike heakskiitu ja ülejäänud leidsid alternatiivse mooduse (näiteks piiriülene ühinemine). Ometi ei suutnud mitte keegi neist edukalt peamist asukohta muuta. Muuhulgas toodi välja probleemidena õiguslik ebakindlus, nii menetluse kui ka alternatiivide liigne kulukus ja keerukus (näiteks piiriülese ühinemise puhul).¹⁹⁷

Eelduslikult väiksem aja- ja ressurssikulu ei põhjenda piiriülese ümberkujundamise eesmärgipärasust vaid majanduslikust aspektist. ELTL artiklitest 49 ja 54 tulenev asutamisvabaduse õigus annab ettevõtjatele õiguse piiriüleseks liikumiseks. Teistpidi tähendab see seda, et liikmesriigid ei tohi luua takistusi ettevõtetele asutamisvabaduse kasutamiseks, piirangute seadmine on võimalik ainult kindlatel tingimustel.¹⁹⁸ Asutamisvabaduse võimaldamine pole seega üksnes liikmesriigi õigus, vaid ka kohustus. Kui ettevõtjad ei saa asutamisvabadust faktiliselt kasutada, siis läheb see vastuollu ELTL-iga ning kohaldada tuleb otse ELTL norme.

Kokkuvõttes on direktiiv 2019/2121 vajalik algatus piiriülese mobiilsuse edasiseks arendamiseks. Magistritöö kirjutamise ajal kasutusel olevad vahendid piiriüleseks mobiilsuseks hoiavad osa turuosalistest siseturust eemal. Kuigi piiriülese ühinemise ja SE-ga on probleeme ka suurtel äriühingutel, siis need probleemid muutuvad VKE-de puhul nõnda teravaks, et mõjutavad heidutavalt. Sarnastele järeldustele on jõutud nii Justiitsministeeriumi kui ka

https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/uhingute_piiriulene_liikumine_uuringuaruanne.pdf (07.01.2020).

Edaspidi: Justiitsministeeriumi uuring.

¹⁹⁴ ÄS § 433⁵ lg 1 järgi tuleb vähemalt üks kuu enne ühinemist otsustavat koosolekut või üldkoosolekut osanikele või aktsionäridele võimaldada tutvuda ühinemislepingu, ühinemisaruande ja audiitori aruandega.

¹⁹⁵ Direktiiv 2019/2121, art 86e(4);(8).

¹⁹⁶ Direktiiv 2019/2121, art 86f(3).

¹⁹⁷ Justiitsministeeriumi uuring, lk 41–52.

¹⁹⁸ SEVIC, p 23.

Euroopa Komisjoni tellitud uuringutes, samuti ka õiguskirjanduses. Järelikult oli asutamisvabaduse sisulise võimaldamise jaoks vajalik direktiivi 2019/2121 vastuvõtmine. Kuni direktiivi 2019/2121 ülevõtmiseni kehtib endiselt olukord, kus piiriülene ümberkujundamine on harmoniseerimata ehk isikutel on raskendatud asutamisvabaduse kasutamine. Pole ka kindel, kas direktiivi 2019/2121 ulatusest piisab asutamisvabaduse õiguse tagamiseks piisavas ulatuses, sest direktiiv jätab liikmesriikide sisustada mõisted nagu näiteks kuritarvituse ja pettuse tuvastamine. See tähendab, et kui liikmesriik sisustab kuritarvituse ja pettuse mõistet liiga laialt, siis võib kujuneda sellest äriühingutele praktiline takistus piiriülese mobiilsuse kasutamiseks. Tekkida võib sarnane olukord nagu SE regulatsiooni ja piiriülese ühinemise direktiivi puhul, kus liiga madal harmoniseerimise tase takistab direktiivi eesmärgi täitmist liikmesriikide õiguslike erinevuste tõttu.

3.3. Piiriülene ümberkujundamine Eesti õiguse järgi

Võrreldes erinevaid peamise asukoha muutmise võimalusi ja Euroopa Kohtu praktikat, aga arvestades ka piiriülest mobiilsust käsitlevaid uuringuid, jõuab autor järeldusele, et ELTL artiklitest 49 ja 54 tulenev asutamisvabadus ei ole Eesti äriühingutele hetkel piisavalt tagatud arvestades, et liikmesriikidel on kohustus võimaldada peamise asukoha muutmist ilma õigusliku kontinuiteedi katkestamiseta. Hetkel seaduses sätestatud viisid peamise asukoha muutmiseks on kas liiga kulukad, aeglased või õiguslikult ebakindlad ning see mõjub heidutavalt piiriülese mobiilsuse kasutamisel. Eriti tugev on mõju VKE-dele, millel ei ole ressursi olemasolevate võimaluste kasutamiseks. Direktiivi 2019/2121 ülevõtmise kuupäevani on vähem kui kolm aastat, mis tähendab, et seni ei ole liikmesriikidel kohustust direktiivi üle võtta ning asutamisvabadust tuleb kasutada olemasolevate instrumentide abil. Euroopa Kohtu lahendid loovad aluse, mille põhjal on võimalik äriühingutel piiriülesest ümber kujuneda, hoolimata liikmesriikide õiguskorras sätestatud takistustest. Siiski on ümberkujunemise läbiviimine ilma selge menetluskorraga ebakindel, sest liikmesriigi pädeva asutuse seisukohad ei pruugi EK lahenditega ühtida.

Autorile ei ole teada ühtegi juhtumit, kus Eesti äriühing oleks ennast ümber kujundanud teise liikmesriiki või vastupidi. Eesti õigus seab sellele erinevaid takistusi. ÄS § 2 lg 4 sätestab, et äriühingud võivad end teist liiki äriühinguks ümber kujundada ainult seaduses sätestatud juhtudel ja korras ning ÄS § 478 lg 1 täpsustab, et äriühingu võib ümber kujundada teist liiki äriühinguks. Äriühingu vormide loetelu on Eesti õiguses kinnine, aga mitte ammendav. ÄS § 2

lg 1 järgi on äriühingud täis-, usaldus-, osaühing, aktsiaselts ja tulundusühistu. Seaduses võib ette näha ka teisi äriühinguid.¹⁹⁹ Seega on võimalik ümber kujundada ainult äriühinguid, mille vorm on Eestis kehtivas seaduses sätestatud. Saksamaa GmbH, Läti SIA või mõni teise liikmesriigi äriühing seega ei ole äriühing Eesti õiguse mõttes. Piiriülese ühinemise puhul on eraldi välja toodud, et osaühing või aktsiaselts võib ühineda teise Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi õiguse alusel asutatud piiratud vastutusega äriühinguga. Kuivõrd ümberkujunemise puhul hetkel sellist erandit ei ole, siis ei saa Eesti äriühing äriseadustiku järgi ka piiriülest ümberkujunemist läbi viia.²⁰⁰

TsÜS § 45 lg 2 sätestab, et eraõigusliku juriidilise isiku registrist kustutamise ja juriidiline isik lõpeb. Selline põhimõte saab takistuseks Eesti äriühingule, kes soovib peamise asukoha teise liikmesriiki viia. Piiriülel ümberkujundamisel säilib õiguslik kontinuiteet ehk piiriüleselt ümberkujundatud äriühing on endiselt algne äriühing sama asutamiskuupäevaga, aga teise liikmesriigi äriühingu vormis. TsÜS-i norm takistab õigusliku kontinuiteedi teket – piiriülene ümberkujundamine saaks teoreetiliselt olla võimalik vaid olukorras, kus Eestis registreeritud äriühing kustutatakse enne siinsest äriregistrist. Kustutamine katkestab õigusliku kontinuiteedi ja paneb äriühingu väga riskantsesse olukorda, kui sihtliikmesriik ei ole valmis äriühingut oma registrisse kandma. Kustutamine on võimalik äriühingu likvideerimise abil. Likvideerimisel tuleb aga jaotada ühingu vara, mis võtab tulenevalt juba võlausaldajate nõuete esitamise tähtajast vähemalt neli kuud aega.²⁰¹ Sellisel juhul poleks äriühingul õigussubjektsust ja võlausaldajate nõuetest alles jäänud äriühingu varad oleks omanike vahel jaotatud, mis muudaks piiriülese ümberkujundamise sisutuks, sest selle asemel võib lihtsalt piiriüleselt ühineda või asutada sihtliikmesriigis uue äriühingu, andes sellele üle vara, õigused ja kohustused. Seega pole piiriülene ümberkujundamine Eesti materiaalsoiguse kohaselt võimalik.

Hetkel kehtiv õiguskord ühest küljest kohustab liikmesriike võimaldama peamise asukoha vahetamist piiriülese ümberkujundamise kaudu, aga teisalt on sellise õiguse maksmapanek väga keeruline ja heidutav.

¹⁹⁹ Näiteks on üheks selliseks ühinguvormiks *Societas Europaea*.

²⁰⁰ ÄS § 478 lg 1.

²⁰¹ ÄS § 213; ÄS § 376.

3.4. Takistused peamise asukoha vahetamiseks

3.4.1. Kohalduva õiguse ja kohtualluvuse probleemid

3.4.1.1. Erinevad kohalduva õiguse teooriad

I. Wuisman ja M. Mannan on välja toonud, et äriühingute huvide rahvusvaheliseks muutumine on viimaste aastakümnete tulemus, enne seda tegutsesid äriühingud valdavalt kohalikult. Sellisel juhul oli lihtne ka määrata nende asukohta: see oli seal, kus oli nende tegevus.²⁰² 21. sajandil võib tootmine toimuda ühes riigis, peakorter olla teises riigis. Äriühingu juhid ei pruugi üldse samas kohas asuda, vaid olla maailma eri kohtades. Kus on sellisel juhul äriühingu asukoht? Asukoha määramiseks on levinud kaks teooriat: asukohateooria ja inkorporatsiooniteooria.

Asukohateooria kohaselt on äriühingu asukoht seal, kust ühingut kontrollitakse ja hallatakse. Eeldatakse, et see on kõige lähem äriühingu sisulistele tegevustele. Riikides, kus kasutatakse asukohateooriat, vaadatakse, kus on äriühingu registreeritud asukoht, juhatuse asukoht või peakontor. Kui äriühingu aktsiad on väärtpaberiturul noteeritud, siis on asukohaks vastava börsi asukoht. Samuti vaadatakse, kus teeb äriühing oma olulisi tehinguid, kus hoitakse dokumente ja peetakse aktsionäride või osanike üldkoosolekuid.²⁰³ Kui sellised asjaolud jõuavad kumulatiivselt teatud läveni, siis loetakse äriühingu kontroll olevat vastavas asukohas. Kui kandev osa eelmainitud teguritest liigub teise liikmesriiki, siis loetakse äriühingu asukoht muutunuks teise liikmesriiki. Sellisel juhul kohaldatakse äriühingule teise liikmesriigi õigust. Nimetatud regulatsiooni kasutavad näiteks Kreeka ja Prantsusmaa.²⁰⁴ Asukohateooria lähtub ideest, et tuleb kaitsta selle riigi huve, kelle isikuid ühingu tegevus kõige rohkem mõjutab.²⁰⁵

Inkorporatsiooniteooria kohaselt on äriühingu asukoht seal, kus ühing on registreeritud. Oluline ei ole asjaolu, kus toimub äriühingu tegelik majandustegevus ja juhtimine, vaid ainult registrijärgne asukoht.²⁰⁶ Ühingule kohalduv õigus määratakse registrikande järgi.²⁰⁷ Teooria eeliseks on lihtsus ja õiguskindlus, sest registrikanne on avalik ja puudub vajadus erinevaid

²⁰² I. Wuisman, M. Mannan, lk 13.

²⁰³ I. Wuisman, M. Mannan, lk 13.

²⁰⁴ I. Wuisman, M. Mannan, lk 14.

²⁰⁵ K. Feldman. Ühingute piiriülene liikumine Euroopa Liidus. - Juridica 2015/2, lk 118.

²⁰⁶ I. Wuisman, M. Mannan, lk 15.

²⁰⁷ K. Feldman, lk 118.

tegureid hinnata leidmaks ühingu sisulise tegevuse asukoht nagu asukohateooria puhul. Inkorporatsiooniteooriat kasutavad näiteks Inglismaa ja Madalmaad.²⁰⁸

Pole selge, kas asukohateooria rakendamine muudab ühingute piiriülese mobiilsuse lihtsamaks. Kuivõrd asukohateooria lähtub kohalduva õiguse määramisel sisulistest asjaoludest ja eelduslikult seab väiksemad formaalsed takistused, siis võib see asukoha muutmise lihtsamaks teha. Ometi kätkeb asutamisevabadus endas võimalust ise otsustada, millises riigis tegutsetakse ja milline kohalduv õigus valitakse. Seega piirab asukohateooria äriühingu otsustusvabadust. Seda illustreerib *Überseeringu* lahend, kus Madalmaade äriühing tegutses Saksamaal, kus kohaldati sellel ajal veel asukohateooriat.²⁰⁹ Kuivõrd Saksa õiguse alusel kohaldus vastavalt asukohateooriale Madalmaade äriühingule Saksa õigus, mis ei näinud ette teiste liikmesriikide äriühingutele õigusvõimet, siis polnud Madalmaade äriühingul võimalik Saksamaa äriühingut kohalikus kohtus hageda. EK leidis, et kuivõrd Madalmaade äriühing on asutatud Madalmaades, kus rakendatakse inkorporatsiooniteooriat,²¹⁰ siis õigusvõime kindlakstegemisel tuleb lähtuda Madalmaade õigusest. Madalmaade äriühingul on Madalmaade õigusvõime ja seega peab tal õigusvõime olema ka Saksamaal.²¹¹

Eestis kohaldatakse juriidilistele isikutele selle riigi õigust, mille kohaselt ta on asutatud²¹² ehk Eesti rakendab üldreeglina inkorporatsiooniteooriat. Ometi sätestab REÕS § 14 lg 2 ka erandi, mille järgi kohaldatakse Eesti õigust ka juhul, kui juriidilist isikut juhitakse tegelikult Eestist või tema põhitegevus toimub Eestis. REÕS § 14 lg 2 on suunatud välisriigis asutatud juriidilistele isikutele, et vältida lünkasid õiguskaitstes.²¹³ Kui välisriik kohaldab asukohateooriat ja nimetatud riigi juriidiline isik tegutseb Eestis, siis ilma REÕS § 14 lg-a 2 võib tekkida olukord, kus välisriigi seaduse alusel kohaldatakse Eesti õigust ja Eesti õiguse (inkorporatsiooniteooria) järgi välisriigi õigust. Osad, paljuski just Saksamaa õigusteadlased, leiavad, et *Überseeringu* lahend muutis asukohateooria kasutamise võimatuks,²¹⁴ sest lahendis kohustas EK Saksamaad tunnustama teise riigi äriühingu õigusvõimelisust, sest äriühingul oli oma registrijärgses liikmesriigis õigusvõime olemas. Järelikult võiks arvata, et EK kohustas seega liikmesriike kohaldama vaid inkorporatsiooniteooriat. Selline järeldus läheb aga

²⁰⁸ I. Wuisman, M. Mannan, lk 15.

²⁰⁹ *Überseering*, p 4.

²¹⁰ I. Wuisman, M. Mannan, lk 15 (viidatud: S. Rammeloo. *Corporations in Private International Law: A European Perspective*. New York: Oxford University Press 2001, lk 98-100).

²¹¹ *Überseering*, p 94-95.

²¹² REÕS § 14 lg 1.

²¹³ K. Feldman, lk 119.

²¹⁴ K. Baelz, T. Baldwin. *The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law*. - *German Law Journal* 2002/3, pt D. - <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=214> (14.03.2020).

vastuollu EL õiguse põhitõdedega ning EK lahendi sisuga. EL-i õigust on võimalik kohaldada ainult olukordades, kus eksisteerib piiriülene komponent või mõju ühisturule. ELTL-i artikkel 26(1) sätestab, et EL võtab meetmeid siseturu toimimiseks vastavalt aluslepingute sätetele. Seega ei saa EL sätestada reegleid, mis reguleerivad puhtalt siseriiklikke küsimusi, kui puudub seos siseturuga. *Cartesio* lahendis selgitab kohus, et erinevad ühendavad tegurid nagu registrijärgne asukoht, juhatuse asukoht ja peamine tegutsemiskoht on võrdväärsed²¹⁵ ning liikmesriigil on õigus määrata, milliste ühendavate tegurite täitmisel saab äriühingule kohaldada liikmesriigi õigust.²¹⁶ Ühendava teguri määratlemine on siseriiklik küsimus, sellepärast EK lahend liikmesriigi pädevust ka rõhutab. Järelikult tuleb piiriülese mobiilsuse korral lähtuda kohalduva õiguse määramisel nii ühendavast tegurist kui asutamisvabaduse põhimõttest. Ühendav tegur ei tohi takistada äriühingul lähteliikmesriigist lahkumist,²¹⁷ sellisel juhul läheks ühendav tegur vastuollu asutamisvabadusega. Selline seisukoht ei tähenda, et asukohateooriat ei tohiks üldse kohaldada ja seega ei lähe ka REÕS §14 lg 2 vastuollu EL õigusega. Hoolimata sellest tuleb teatud olukordades kohaldada liikmesriigi enda õigust EL õigusega konformselt, mis paradoksaalselt tähendab seda, et REÕS § 14 lg-t 2 ei saa igas olukorras rakendada.

Vastavalt Überseeringu lahendis avaldatud seisukohtadele on inkorporatsiooniteooriat lihtsam rakendada asutamisvabaduse õigusega sobivalt, sest lahend tunnistas juriidilise isiku vabadust ise otsustada enda asukoha üle. Seega Eestis kasutatav teooria on eelduslikult sobilik ka piiriülese ümberkujundamise võimaldamiseks, aga eeltoodud põhjustel on Eesti käsitlus, kus ühendatakse nii inkorporatsiooni- ka asukohateooria, autori hinnangul segane. Näiteks on Belgia 2019. a reforminud oma ühinguõigust, vahetades asukohateooria inkorporatsiooniteooria vastu. Reformi eesmärk oli muuhulgas kohandada Euroopa Kohtu seisukohtadega kohalduva õiguse suhtes ja lihtsustada äriühingute piiriülest mobiilsust. Lisaks luuakse ka eraldi režiim rahvusvahelisteks registreeritud asukoha vahetamiseks ehk ümberkujundamiseks.²¹⁸

²¹⁵ *Cartesio*, p 106 jj.

²¹⁶ *Cartesio*, p 110.

²¹⁷ *Cartesio*, p 112-113.

²¹⁸ From Theory to Real Seat Incorporation Theory. Eubelius 2019, lk 5. - https://www.eubelius.com/sites/default/files/09_corporate_mobility.pdf (30.10.2019).

3.4.1.2. Eesti ühendav tegur äriühingu kohalduva õiguse määramiseks

Euroopa Liidus puuduvad hetkel ühinguõigust reguleerivad liidu-sisesed rahvusvahelise eraõiguse normid.²¹⁹ Rooma I määrus,²²⁰ mis kohaldub lepingulistele võlasuhetele, välistab eraldi artiklis 1 lg 2 punktis (e) määruse kohaldamise ühinguõiguslikele küsimustele. Seega tuleb ühinguõiguslikud kohalduva õiguse küsimused lahendada üldiselt liikmesriikide siseriikliku õiguse kaudu.²²¹ Tulenevalt kohalduva õiguse teooriast on liikmesriikidel ka erinevad ühendavad tegurid, millele vastavalt on äriühingutele võimalik liikmesriigi õigust kohaldada.

Ühendava teguri²²² abil määratakse kohalduv õigus. Tegemist on kriteeriumitega, mille alusel valitakse äriühingule kohalduv õigus piiriülestes tegevustes. Ühendavat tegurit tuleb eristada nõuetest, mida sihtliikmesriik näeb ette selleks, et äriühingut saaks selles liikmesriigis registrisse kanda,²²³ kuigi vahel kasutatakse mõistet mõlema puhul.²²⁴

Ühendav tegur erineb liikmesriigiti: näiteks lähtuvad Bulgaaria, Horvaatia ja Küpros inkorporatsiooniteooriast – äriühingule kohaldub liikmesriigi õigus, kui tema registreeritud asukoht on nende liikmesriikide territooriumil. Samas Kreekas, Austrias ja Rumeenias rakendatakse asukoha teooriat – äriühingut liikmesriigiga ühendavaks teguriks on faktiline ja sisuline tegevus ja juhtimine selle liikmesriigi territooriumil.²²⁵ On ka liikmesriike, kus ühendava teguri määratlemine on keeruline ja pole üheselt mõistetav. Sinna hulka kuulub ka Eesti, sest REÕS § 14 sätestab kaks erinevat võimalust kohalduva õiguse tekkeks. Kuivõrd kohalduva õiguse määramisel ühinguõiguslikes küsimustes ei ole võimalik Rooma I regulatsiooni kasutada,²²⁶ tuleb vaadata siseriiklikke õigusnorme.

Eestis on ühendavaks teguriks üldreeglina juriidilise isiku registreeritud asukoht,²²⁷ aga võimalik on kohaldada ka asukoha teooriat juhul, kui äriühingut juhitakse tegelikult Eestist või

²¹⁹ S. Grundmann, lk 8.

²²⁰ Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus nr 593/2008, 17. juuni 2008, lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta (Rooma I), artikkel 1(2)(e). – ELT L 177/6, lk 6-16. Edaspidi: Rooma I.

²²¹ S. Grundmann, lk 8.

²²² Inglise keeles „connecting factor.“

²²³ Commission working document. Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions. Brüssel: Euroopa Komisjon 2018, lk 33. Edaspidi: Impact Assessment.

²²⁴ Näiteks Polbud, p 34-35.

²²⁵ Impact Assessment. Annex 7, lk 169.

²²⁶ Rooma I, art 1(2)(e).

²²⁷ REÕS § 14 lg 1.

põhitegevus toimub Eestis.²²⁸ K. Feldman on arvamisel, et üldiselt peaks kohaldama Eestis asutatud äriühingutele REÕS § 14 lg 1 järgi üldreeglit ehk Eesti õigust ning välisriikides asutatud äriühingutele, kes Eestis tegutsevad, peamise asukoha teooria järgi tegeliku tegutsemiskoha õigust.²²⁹ Seega lähteliikmesriigi äriühingule, kes on läbinud piiriülese ümberkujundamise jaoks vajaliku menetluse ning soovib Eestisse end ümber registreerida, kohaldatakse REÕS § 14 lg-t 2 ehk peamise tegutsemiskoha õigust. On vähetõenäoline, et kui äriühing soovib end Eestisse ümber registreerida, siis tuuakse esmalt äritegevus ja juhtimine siia üle. See kätkeks endas ebavajalikku kulu, mille vähendamine on direktiivi 2019/2121 üks eesmärk. Järelikult olukorras, kus äriühing alustab ümberkujundamismenetlust sihtliikmesriigis, kohaldatakse talle endiselt REÕS-i järgi lähteliikmesriigi õigust. See on problemaatiline, sest registrimenetluse jaoks on vaja kohaldada Eesti õigust. Direktiiv sätestab samuti, et piiriülese ümberkujundamise õiguspärasust kontrollib kohalik pädev asutus sihtliikmesriigi õiguse alusel,²³⁰ kohalduv õigus muutub pärast ümberkujundamiseelse töendi väljastamist.²³¹ Eestis hetkel kohalduv ühendav tegur on seega sobimatu direktiivi ülevõtmiseks ja tuleb ära muuta. Kõige lihtsam oleks loobuda erinormist ehk REÕS § 14 lg-st 2 ja lähtuda puhtalt asukohateooriast. Seda teed on läinud mitmed teised liikmesriigid, näiteks Saksamaa²³² ja Belgia²³³ on muutnud ühendava teguri registreeritud asukoha põhiseks. Ka Justiitsministeeriumi korraldatud ühinguõiguse revisjoni analüüs-kontseptsioonis tehti soovitus REÕS § 14 lg 2 kehtetuks tunnistada.²³⁴

REÕS § 14 on kohtupraktikas vähe sisustatud. Riigikohus ei ole normi kordagi käsitletud ning ringkonna- ja maakohtu lahendid käsitlevad REÕS §-i 14 väga põgusalt. Aastatel 2004 ja 2008 tegi Riigikohus kaks otsust kohaldades enne 1. juulit 2002 kehtinud TsÜS § 134, kus kohus hindas välisriigi äriühingu õigusvõimet Eestis.²³⁵ TsÜS § 134 sätestas samasuguse põhimõtte nagu REÕS § 14 ehk üldiselt määratakse kohalduv õigus äriühingu juhtorgani asukoha järgi ning kui juhtorgan ei asu samas kohas kus põhitegevus, siis põhitegevuse asukoha järgi.²³⁶ Enne 15.01.2018 jõustunud äriseadustiku muudatust²³⁷ pidi äriühingu juhtorgan asuma samas kohas kus registrijärgne asukoht. Riigikohtu lahendites leiti, et kui välismaisele äriühingule

²²⁸ REÕS § 14 lg 2.

²²⁹ K. Feldman, lk 119.

²³⁰ Direktiiv 2019/2121, art 86o(1).

²³¹ Direktiiv 2019/2121, art 86c.

²³² Impact Assessment. Annex 7, lk 169.

²³³ Eubelius, lk 3.

²³⁴ M. Käerdi jt. Ühinguõiguse Revisjon. Analüüs-Kontseptsioon. Tallinn: Justiitsministeerium 2018, lk 4.

²³⁵ RKKKo 3-2-1-104-08, p 18; RKKKo 3-1-1-120-03, p 35.

²³⁶ RKKKo 3-1-1-120-03, p 35.

²³⁷ Äriseadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus (juriidilise isiku ja tema juhatuse või seda asendava organi asukoht). - RT I, 20.04.2017, 1.

kohaldatakse Eesti õigust, siis ei ole välismaa äriühingutel õigussubjektsust, sest õigussubjektsus on piiritletud Eesti seaduses loetletud ühinguvormidele.²³⁸ Nimetatud lahendid kindlasti käesoleval hetkel enam relevantseid ei ole, sest lahendid lähevad vastuollu EL õigusega. Vastuolu korral peab kohaldama siseriiklikku õigust EL õigusele konformselt. Õiguslik küsimus mõlemas lahendis sarnaneb Überseeringu kohtuasjale, kus Saksamaa ei tunnistanud Madalmaade äriühingu õigusvõimelisust. Euroopa Kohus jõudis järeldusele, et selline õigusvõime eitamine läheb vastuollu asutamisevabadusega.

Praegusel ajal lähtub Eesti kahest ühendavast tegurist korraga: registreeritud asukohast ning peamise tegutsemiskoha asukohast. Selline lahendus on sobilik olukorras, kus äriühing sooviks peamise asukoha Eestisse tuua. Eesti õigus kohalduks alles hetkest, kus äriühing on Eestis registrisse kantud, kui just juba varem ei ole äritegevus Eestisse toodud. Probleemid tekivad, kui äriühing tahab peamise asukoha Eestist ümberkujundamise kaudu ära viia. Kui piiriülese ümberkujundamise ajal toimub endiselt äritegevus Eestis, siis vastavalt REÕS § 14 lg-le 2 ei pruugi ka kohalduv õigus muutuda koos äriühingu sihtliikmesriigi registrisse kandmisega. Kui sihtliikmesriik rakendab inkorporatsiooniteooriat, siis võib see tähendada kohalduvate õiguste konflikti, sest mõlema riigi õigussüsteemid tunnistavad enda õiguse kohalduvaks. Magistritöö autor on arvamusel, et REÕS § 14 vajab seadusandja poolt täpsustamist juba käesoleval hetkel. EK kohtupraktika järgi on ühingud „rahvusliku õiguse moodustised“²³⁹ ja neil on õigus valida endale meelepärane õiguskord, isegi kui ühing on ühes liikmesriigis juba asutatud.²⁴⁰ REÕS § 14 lg 2 võib riivata asutamisevabadust, kui seda normi kohaldatakse olukorras, kus äriühingu peamine asukoht on Eestist ära viidud. Näiteks võib tekkida õiguste konflikt, kui äriühing registreerib end sihtliikmesriigis ümber ning osanike või aktsionäride hulgas on nii lähte- kui ka sihtliikmesriigi kodanikke või juriidilisi isikuid. Kui äritegevus säilib endiselt Eestis, siis ühinguõiguslike vaidluste puhul on võimalik, et vaidlusele tuleb kohaldada Eesti õigust. Sihtliikmesriigis registreeritud äriühingule oleks Eesti ühinguõiguse kohaldamine problemaatiline, sest sihtliikmesriigi ühinguõigus võib oluliselt erineda Eesti ühinguõigusest.

Näiteks on Kreekas vajalik 5% aktsiakapitaliga esindatud häälest, et kohtu abil määrata esindaja, kes võib esitada nõude juhatuse liikme vastu, aga Ühendkuningriikide²⁴¹ õiguses 5% nõuet ei ole. Seega püstitab õigusteadlane G. Zouridakis küsimuse, kas Ühendkuningriikidest Kreekasse asukoha viinud äriühingut puudutavas vaidluses saaks sellises olukorras kostja väita,

²³⁸ RKTko 3-2-1-104-08, p 18; RKKko 3-1-1-120-03, p 35.

²³⁹ *Cartesio*, p 104.

²⁴⁰ *Ibid*, p 112-113.

²⁴¹ UK ei ole küll enam Euroopa Liidu liikmesriik, aga üleminekuajal kohaldatakse talle endiselt EL-i õigust. Samuti kuulus UK viidatud allika väljaandmise ajal veel Euroopa Liitu.

et koos asukoha muutumisega muutub ka kohalduv õigus ning aktsionäride määratud esindajal ei ole esindusõigust, sest esindaja määramiseks ei olnud vajalikku 5% hääldenõuet.²⁴² Kuivõrd kohtupraktikat sellise olukorra lahendamiseks ei ole, siis ei saa ka kindlale järeldusele jõuda, mis sellise olukorra tulem oleks. Näiteks vastavalt AS § 317 lg-le 8 tuleb Eesti õiguse järgi nõukogul AS-i juhatuse liikmega õigusvaidluse pidamiseks esindaja määrata. Selleks on vajalik nõukogu sellekohane otsus. Kui teise liikmesriigi äriühing kujundab end ümber Eesti AS-iks ning lähteliikmesriigis määrati õigusvaidluse pidamiseks esindaja hoopis aktsionäride poolt, siis kas lähteliikmesriigis määratud isikul on esindusõigus juhatuse liikme vastu hagi esitamiseks? REÕS § 14 lg 1 järgi kohaldatakse sellisele äriühingule Eesti õigust.

Autor on arvamisel, et sellise vaidluse puhul on võimalik kaks tõlgendust. Esiteks võib argumenteerida, et kui isikul oli materiaalõiguslikult otsuse vastu võtmise hetkel selline õigus olemas, siis ei saa kohalduva õiguse muutumine tagasiulatuvalt seda õigust ära võtta. Piiriülene ümberkujundamine ei tohiks vähendada õigussubjektide õigusi ning tagasiulatuvalt teise liikmesriigi seaduste alusel tekkinud õiguse kahtluse alla seadmine oleks õiguspoliitiliselt väga ohtlik pretsedent, mis võib avada tee piiriülesele mobiilsusele kui instrumendile ühinguõiguslike tülide lahendamiseks, kus näiteks enamusosanik või -aktsionär kujundab äriühingu ümber liikmesriiki, kus väikeosanikke või -aktsionäre vähem kaitstakse.

Teine võimalus oleks asuda seisukohale, et kohalduv Eesti õigus, mistõttu oleks alus jätta hagi TsMS § 423 lg 1 p 9 alusel läbi vaatamata, kuna selle esitanud isik ei ole tõendanud oma esindusõiguse olemasolu.²⁴³ Samuti võib ümberkujundamine muuta menetluse perspektiivituks TsMS § 423 lg 2 alusel. Hagi võib olla perspektiivitu, kui õiguskaitsevajadus langeb menetluse kestel ära.²⁴⁴ Selline olukord võib näiteks tekkida, kui juhatuse liige ei vastutaks Eesti õiguse alusel teo eest, mida lähteliikmesriigis talle ette heideti.²⁴⁵ Kirjeldatud vastuolud on väga põhimõttelist laadi. Autor arvab, et selliseid olukordi tuleks lahendada olenevalt vaidluse sisust. Aktsiaseltsi juhatuse liikmega õigusvaidluse pidamiseks määratud isiku esindusõigust peaks sihtliikmesriik aktsepteerima, sest vastasel korral esineb risk, et algatatakse õigusvaidlused ka muude äriühingute otsuste vaidlustamiseks. Samas juba alanud õigusvaidluse korral kahju nõudmisel või juhatuse liikme vastutusega seonduvalt, kui äriühing keset vaidlust kujuneb ümber teise liikmesriigi õiguse subjektiks, siis peaks kohaldama vaidluse lõpuni endiselt

²⁴² T. Papadopoulos (toim), lk 91.

²⁴³ Seda normi on kohaldatud eelkõige, kui advokaadil puudub tegelikult esindusõigus, kuigi seda eeldatakse. - V. Kõve jt. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. II. Kommenteeritud väljaanne. Tartu: Juura 2017. – V. Kõve, E.-K. Velbri, lk 917.

²⁴⁴ V. Kõve jt 2017. – V. Kõve, E.-K. Velbri, I. Järvekülg, lk 918.

²⁴⁵ Analoogselt EK C-594/14, *Kornhaas* lahendis tekkis maksejõuetu UK äriühingu juhatuse liikmel Saksamaal tegutsedes vastutus, sest kohalduv õigus oli Saksamaal. UK õigus sellisel juhul vastutust ette ei näinud.

lähтелиikmesriigi õigust, et tagada hagejatele õiguskaitse (kohalduva õiguse muutumine ei oleks osalistele ettenähtav) ja mitte luua võimalust vastutusest pääseda piiriülese mobiilsuse kaudu.

Üldiselt on autor on arvamisel, et olemuslikult ei ole REÕS § 14 Euroopa Liidu õigusega vastuolus, aga võib siiski teatud olukordades põhjendamatult piirata asutamisvabadust, mis võib viia olukorrani, et REÕS §14 lg 2 ei tohiks kohaldada. Sellistes olukordades oleks REÕS §14 lg 2 kohaldamine ikkagi EL õigusega vastuolus. Autor täpsustab, et kuigi REÕS § 14 lg 2 võib tekitada õiguse kohaldamisel konflikte, siis olemuslikult ei ole asukohateooria kasutamine kohalduva õiguse määramisel EL õigusega vastuolus.

Direktiivis 2019/2121 valiti teadlikult meetod, millega jäetakse ühendava teguri määratlemine liikmesriikide otsustada. Selle asemel otsustati direktiiviga otse reguleerida kohalduvat õigust konkreetsetes probleemsetes küsimustes,²⁴⁶ vältides liikmesriikide õiguskorra liiga jõulist ja meelevaldset harmoniseerimist. Kohalduva õiguse ja kohtualluvuse erireeglid kehtivad teatud olukordades osanike või aktsionäride ja avalik-õiguslike võlausaldajate kaitseks,²⁴⁷ mida magistritöö autor analüüsib täpsemalt järgnevatel alapeatükkides.

3.4.1.3. Kohalduva õiguse ning kohtualluvuse erireeglid

Direktiiv 2019/2121 kehtestab kohalduva õiguse ja/või kohtualluvuse erireeglid osanike või aktsionäride ja võlausaldajate kaitseks. Direktiivi ülevõtmisel tuleb muuhulgas tagada, et osanikud ja aktsionärid, kes ei ole ümberkujundamisega nõus, saaksid oma osad õiglase hüvitise eest võõrandada. Nimelt on osanikul või aktsionäril õigus nõuda õiglase hüvitise väljamaksmist juhul, kui nad on piiriülese ümberkujundamise vastu.²⁴⁸ Kui osanik või aktsionär leiab, et hüvitis ei ole õiglane, on tal õigus nõuda lisahüvitist ning sellisel juhul kohaldatakse lähтелиikmesriigi õigust ja sellised vaidlused lahendab lähтелиikmesriigi kohus.²⁴⁹ Kuivõrd direktiivis reguleeritakse vaid hüvitise nõudmisega seotud olukorda, siis ülejäänud nõuete puhul tuleb lähtuda kohalduva õiguse puhul siseriiklikest normidest. REÕS § 14 puhul tähendab see seda, et teistele nõuetele (näiteks teabenõue, erikontrolli nõue) kohaldatakse Eesti õigust

²⁴⁶ Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv, millega muudetakse direktiivi (EL) 2017/1132 seoses äriühingute piiriülese ümberkujundamise, ühinemise ja jagunemisega, lk 20.

²⁴⁷ Avalik-õiguslik võlausaldaja on näiteks riik oma maksustamist korraldava asutuse (Eestis Maksu- ja Tolliameti) kaudu.

²⁴⁸ Direktiiv 2019/2121, art 86i.

²⁴⁹ Direktiiv 2019/2121, art 86i(5).

hetkeni, kuni äriühing ei ole sihtliikmesriigis registreeritud. Äriühingu registreeritud asukoht on lähteliikmesriigis hetkeni, kui sihtliikmesriigis on äriühing registreeritud – lähteliikmesriigil on kohustus tagada, et äriühing kustutatakse registrist viivitamata pärast teadet, et piiriülene ümberkujundamine on jõustunud.²⁵⁰ Varasemalt on magistritöö autor toonud välja võimalikud probleemid seoses REÕS § 14 lg-ga 2. Kui äriühingu äritegevus säilib Eestis, siis on võimalik ka olukord, et kohaldamisele võib tulla Eesti õigus. Sarnane olukord on probleemiks ka piiriüleste ühinemiste puhul. G. Zouridakis on artiklis piiriülese ühinemise ja derivatiivhagide osas toonud välja näitena olukorra, kus Ühendkuningriikide piiratud äriühing ühendatakse Eesti äriühinguga ajal, kui Ühendkuningriigis on kohtus lahendamisel aktsionäri derivatiivhagi. Koos juriidilise isiku peamise asukohaga muutub ka õiguslik vorm ja inkorporatsiooniteooriast tulenevalt kohalduv õigus.²⁵¹ Ühendkuningriikides tähendab see seda, et hagimenetlus lõpetatakse kohtus ära. Sellises olukorras viib peamise asukoha muutmine aktsionäri kaitsemeetmete nõrgenemiseni.

Võlausaldajate kaitsmiseks sätestab direktiiv 2019/2121 eraldi kohalduva õiguse reeglid vaid avalik-õiguslike isikute kaitseks, kelle puhul ei piirata lähteliikmesriigi õiguse kohaldamist nõuetele, mis eelnevad piiriülese ümberkujundamise otsuse projekti avalikustamisele.²⁵² Praktikas tähendab see näiteks Eesti Maksu- ja Tolliameti võimalikke maksunõudeid. Sätestatud on kahe-aastane vahemik alates piiriülese ümberkujundamise otsuse projekti avalikustamisest, kus võlausaldajatel on õigus algatada menetlus äriühingu vastu lähteliikmesriigis ehk kahe aasta jooksul säilib võlausaldajatele kohtualluvus lähteliikmesriigis. Selline võimalus on lisatud eraldiseisva alternatiivina tavapärasele EL õigusele kohtualluvuse määramiseks. Võlausaldajatel on aega 3 kuud pärast piiriülese ümberkujundamise otsuse projekti avalikustamist nõuda vajadusel lisatagatist²⁵³ ning ümberkujundamiseelne tõend väljastatakse kolme kuu jooksul taotluse esitamisest (mida ei hakata enne menetlema kui on teada, et osanikud või aktsionärid on piiriülese ümberkujundamise otsuse heaks kiitnud).²⁵⁴ Kuivõrd võlausaldajate tähtaeg lisatagatiste nõudmiseks lõppeb enne ümberkujundamise jõustumist, kohaldub võlausaldajatele lähteliikmesriigi õigus või tavapärase kohalduva õiguse reeglitele kohane õigus. Liikmesriigil on ka õigus sätestada, et ümberkujundamiseelne tõend väljastatakse ainult juhul, kui äriühing on oma kohustused näiteks piisaval määral taganud.²⁵⁵ Autor on arvamusel, et avalik-õiguslikele võlausaldajatele on kõrgem kaitse tase

²⁵⁰ Direktiiv 2019/2121, art 86p(3).

²⁵¹ T. Papadopoulos (toim), lk 91.

²⁵² Direktiiv 2019/2121, art 86j(3).

²⁵³ Direktiiv 2019/2121, art 86j(1).

²⁵⁴ Direktiiv 2019/2121, art 86m(7).

²⁵⁵ Direktiiv 2019/2121, art 86m(1).

ette nähtud, sest direktiiv 2019/2121 proovib maandada liikmesriikide kartust jääda ilma äriühingute tasutavast maksutulust.

Direktiiv 2019/2121 ei reguleeri kohtualluvust ja kohalduvat õigust maksejõuetuse puhul. Direktiiv sätestab, et liikmesriigid ei pea piiriülest ümberkujundamist võimaldama äriühingutele, mille suhtes on algatatud maksejõuetusmenetlus.²⁵⁶ See ei välista maksejõuetuse tekkimist piiriülese ümberkujundamise menetluse kestel, sest maksejõuetus võib tekkida ka järsult lühikese aja jooksul nagu 2020. aasta esimene kvartal näidanud on, mistõttu on ka tähtis analüüsida kohtualluvuse ja kohalduva õiguse reegleid maksejõuetusmenetluste puhul. Üldjuhul toimub maksejõuetusmenetlus selle liikmesriigi kohtus, kus asub võlgniku põhihuvide kese.²⁵⁷ Põhihuvide kese on seal, kus võlgnik tegeleb regulaarselt oma huvide realiseerimisega ja see peab olema objektiivselt kontrollitav. Kehtib eeldus, et äriühingu COMI on registrijärgses asukohas. Kui äriühing on kolm kuud enne maksejõuetusmenetluse algatamist avalduse esitamist viinud oma registrijärgse asukoha teise liikmesriiki, siis nimetatud eeldus ei kehti ehk COMI võib endiselt olla lähteliikmesriigis. Samuti juhul, kui tõendid viitavad, et COMI ei ole registrijärgses asukohas, siis loetakse COMI asukohaks liikmesriik, kus on tõendatud võlgnike põhihuvide kese.²⁵⁸ Kui kolm kuud on möödunud, võib endiselt lähteliikmesriigis maksejõuetusmenetlust alustada teatud tingimuste täitmisel.

Reeglina kohaldatakse maksejõuetusmenetluse ja selle tagajärgede suhtes selle liikmesriigi õigust, kelle territooriumil menetlus algatati. See muudab keeruliseks jurisdiktsiooni valimise:²⁵⁹ näiteks olukorras, kus registreeritud asukoht ja tegelik tegutsemiskoht erinevad, võib tegutsemiskohas endiselt tekkida vastutus kohaliku õiguse alusel. Näiteks EK lahendis Kornhaas²⁶⁰ tekkis pankrotistunud UK äriühingu juhatuse liikmel Saksamaal tegutsedes kohaliku õiguse ehk Saksamaa õiguse alusel juhatuse liikme vastutus pankrotijärgsete väljamaksete tegemise eest. UK õiguses sellisel juhul juhatuse liikme vastutus ette nähtud ei ole.

Magistritöö autor on seisukohal, et direktiivis valitud lähenemine, kus harmoniseeritakse kohtualluvuse või kohalduva õiguse reeglid, on üldjoontes mõistlik. Hetkel piirab lisaks muudele probleemidele piiriülese ümberkujundamise kasutamist ka asjaolu, et liikmesriikide kohalduva õiguse ja kohtualluvuse reeglid võivad sattuda omavahel vastuollu. Direktiivis

²⁵⁶ Direktiiv 2019/2121, art 86a(4)(a).

²⁵⁷ Inglise keeles “*center of main interests*” ehk COMI.

²⁵⁸ Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) 2015/848, 20. mai 2015, maksejõuetusmenetluse kohta, art 3(1). – ETL L 141/19, lk 19-72.

²⁵⁹ Inglise keeles „forum-shopping.“

²⁶⁰ EK C-594/14, *Kornhaas*. Edaspidi: *Kornhaas*.

sätestatu lahendab loodetavasti erinevatest seadustest tuleneva ebakindluse kõige suurema tõenäosusega vaidlusi tekitavates küsimustes. Samas võib peamise asukoha vahetamine ümberkujundamise kaudu tekitada autori hinnangul ebaõiglaseid olukordi, näiteks osanike või aktsionäride vaidlusele kohalduva õiguse muutumine keset vaidlust. Sellised olukorrad tuleb lahendada ühinguõiguslike kohalduva õiguse küsimuste täpsustamisega seadusandja poolt.

3.4.2. Huvitatud isikute kaitse

3.4.2.1. Võlausaldajate nõuete tagamine

Direktiiv 2019/2121 seab üldise standardi, mille järgi on liikmesriikidel kohustus tagada nende võlausaldajate huvide piisav kaitse, kelle nõuded on tekkinud enne piiriülese ümberkujundamise otsuse projekti avalikustamist ning mis ei ole veel muutunud sissenõutavaks. Sellistel võlausaldajatel on esiteks õigus saada teavet piiriülese ümberkujundamise läbiviimise kohta ja teha piiriülese ümberkujundamise otsuse projekti kohta märkusi. Lisaks sellele on neil õigus nõuda kohtu- või haldusorgani kaudu kolme kuu jooksul alates piiriülese ümberkujundamise otsuse projekti avalikustamisest lisatagatise. Lisatagatiste seadmiseks peavad:

- a) võlausaldajad usaldusväärset näitama, et piiriülene ümberkujundamine seab nende nõuete rahuldamise ohtu; ning
- b) näitama, et äriühing ei ole pakkunud nõuete tagamiseks piisavalt tagatise.²⁶¹

Piiriülene ümberkujundamine iseenesest ei tohiks äriühingu maksevõimekust oluliselt mõjutada. Teoreetiliselt peaks protsess olema odavam kui piiriülene ühinemine ja erinevalt ühinemisest ja jagunemisest ei toimu varade ja kohustuste üleminekut teisele juriidilisele isikule. Autori arvates võib piiriülene ümberkujundamine ohustada võlausaldajate nõudeid näiteks olukorras, kus äriühingul on palju väikeosanikke või -aktsionäre ja nad soovivad oma osa või aktsiad äriühingule võõrandada. Osade või aktsiate eest peab hüvitise tasuma äriühing.²⁶² Seega võib äriühing, kes soovib piiriülese ümberkujundamise läbi viia põhjusel, et äritegevus lähteliikmesriigis ei ole õnnestunud (seega on ka majanduslik olukord kehvem), sattuda olukorda, kus pärast osanike või aktsionäridele hüvitiste maksmist on äriühingu

²⁶¹ Direktiiv 2019/2121, art 86j.

²⁶² Direktiiv 2019/2121, art 86i(4).

maksevõime oluliselt muutunud. Ilmselgeks näitajaks maksevõime hindamiseks võlausaldajate jaoks on näiteks likviidsuskordaja (maksevõimeliste varade ja lühiajaliste kohustuste suhe²⁶³). Kui likviidsuskordaja langeb alla ühe, siis on põhjust karta makseraskusi ehk võlausaldajate nõuete täitmise raskusi.

Siseriikliku ühinemise puhul on samuti võlausaldajate jaoks sätestatud õigus saada lisatagatist (ÄS § 399 lg 2). Ühinemise puhul on lisatagatise andmine põhjendatud sellepärast, et kahe ühingu ühinedes ühinevad ka nende kohustused ja varad. Eksisteerib risk, et pärast ühinemist on äriühing üle võtnud teise äriühingu kohustused ja seega on varade-kohustuste suhe muutunud selliselt, et võlausaldaja nõude rahuldamise perspektiiv on kahtluse all või tekivad likviidsusraskused.²⁶⁴ Ümberkujundamise puhul seevastu pole riski, et äriühingu finantsiline seis muutub järsult teise ühinguga ühinemise tõttu. Risk tekib pigem õiguste realiseerimisega seotud raskuste tõttu. Kui piiriülene ümberkujundamine muudab nõudele kohaldatavat õigust või kohtualluvust, siis võib see nõude realiseerimise muuta ebaproportsionaalselt keeruliseks. Lisatagatis ongi mõeldud sellise olukorra vältimiseks.

Piiriülese ühinemise direktiiv kaitseb võlausaldajaid peamiselt läbi võlgniku avalikustamiskohustuse. Direktiivi 2017/1132 artikli 124 alusel, mis on üle võetud ÄS § 433³ lg-s 1, tuleb äriühingu juhtorganil koostada ühinemisaruanne, kus selgitatakse ühinemise mõju osanikele või aktsionäridele, võlausaldajatele ja töötajatele. Samuti lubab direktiiv 2017/1132 sätestada liikmesriikidel lisameetmeid võlausaldajate kaitseks, kusjuures Euroopa Parlamendi 2016. a tellitud uuringus leiti, et 29 EMÜ lepinguriiki 30-st on lisameetmeid ka sätestanud.²⁶⁵ Võlausaldajate kaitse põhimõtted on Eestis piiriülese ühinemise puhul (ÄS § 433⁸) sarnased direktiivis 2019/2121 sätestatule ehk võlausaldajatel on õigus nõuda oma nõudele tagatist (piiriülese ümberkujundamise puhul „lisatagatist“). Piiriülese ühinemise, ümberkujundamise ja siseriikliku ühinemise erinevus on see, et piiriülesel ühinemisel või ümberkujundamisel peavad võlausaldajad nõudma lisatagatist enne peamise asukoha muutmise jõustumist,²⁶⁶ aga siseriikliku ühinemise korral on võlausaldajatel õigus nõuda tagatist kuue kuu jooksul pärast Ametliku Teadaande avalikustamist ühinemise registrikaardile kandmise kohta.²⁶⁷

²⁶³ Likviidsussuhtarvud. Rahandus. - <https://www.rahandus.ee/et/likviidsussuhtarvud> (07.04.2020).

²⁶⁴ K. Saare jt, lk 453.

²⁶⁵ Direktiiv 2017/1132, art 121(2); Ex-post analysis of the EU framework in the area of cross-border mergers and divisions. European Implementation Assessment. European Parliament 2016, lk 37. - [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593796/EPRS_STU\(2016\)593796_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593796/EPRS_STU(2016)593796_EN.pdf) (12.04.2020).

²⁶⁶ ÄS § 433⁸ lg 2; ÄS § 433⁹ lg 1; ÄS § 400 lg 1.

²⁶⁷ ÄS § 399 lg 1.

Direktiiv 2019/2121 ei täpsusta, millistele tingimustele peab tagatis vastama. Piiriülese ümberkujundamise otsuse projektis peavad olema samuti võlausaldajatele pakutavad tagatised loetletud, mh võivad need tagatised olla garantiid või pandid.²⁶⁸ Tagatise valikul mängib rolli ka võlausaldaja nõude väärtus pärast piiriülest ümberkujundamist, samuti see, kas võlausaldaja säilitab oma krediitkvaliteedi pärast piiriülest operatsiooni ning kas võla sissenõudmisel muutub kohtualluvus või mitte.²⁶⁹

Kui Eesti õiguse järgi ei ole lepingu järgi tagatise liik määratletud, siis võib tagatise andja valida tagatise liigi. Tagatis peab piisavalt tagama kohustust ning intressi ja kulutusi, oluline on, et tagatis on likviidne ehk kergesti „rahaks tehtav.“²⁷⁰ Euroopa kohtupraktikas on optimaalseks tagamise viisiks peetud näiteks garantii andmist,²⁷¹ mis sobib ka Eesti õiguse järgi tagamiseks. Garantii on lepinguline suhe, kus üks isik võtab endale abstraktse kohustuse teha teatud lepingus sätestatud tingimuste täitumisel toiming, üldiselt maksta teatav rahasumma.²⁷² Garantiilepingust tulenev kohustus on tagatavast võlasuhtes sõltumatu.²⁷³ Garantii on küllaltki mugav tagamise viis võlausaldaja jaoks, arvestades seda, et garantiilepingust tulenev nõue ei ole sõltuv kohustusega, mida garantii tagab. See piirab oluliselt garantiidandja võimalikke vastuväiteid – garantiidandjal on võimalik esitada ainult garantiist tulenevaid vastuväiteid.²⁷⁴ Sellised täiendavad tagatised kehtivad ainult tingimuslikult – kui piiriülene ümberkujundamine ei jõustu, siis ei kehti ka täiendavad tagatised.²⁷⁵

Liikmesriikidel on ka õigus sätestada nõue, et äriühingu haldus- või juhtorgan teeb avalduse, milles kirjeldatakse äriühingu majanduslikku olukorda avalduse avalikustamise hetkel või kõige hilisemalt ühe kuu vanuse seisuga. Tegemist on deklaratsiooniga, kus haldus- või juhtorgan teavitab, et äriühing suudab pärast piiriülese ümberkujundamise jõustumist täita oma kohustusi nende sissenõutavaks muutumise hetkel. Selline deklaratsioon avalikustatakse koos piiriülese ümberkujundamise otsuse projektiga.²⁷⁶

Autor leiab, et sellise deklaratsiooni kohustuse panemine äriühingu juhtorganile ei ole vajalik. Deklaratsioon täidab küll võlausaldajate informeerimiskohustust, aga võlausaldajaid tuleb informeerida igal juhul piiriülese ümberkujundamise projekti avalikustamisega vastavalt

²⁶⁸ Direktiiv 2019/2121, art 86d.

²⁶⁹ Direktiiv 2019/2121, preambula (23).

²⁷⁰ Võlaõigusseadus § 98 lg 1-3. - RT I, 08.01.2020, 10.

²⁷¹ EK C-371/10, *National Grid Indus*, p 74. Edaspidi: *National Grid Indus*.

²⁷² P. Varul jt. Võlaõigusseadus. I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2016. - M. Käerdi, S. Kärson, 8 ptk, lk 795.

²⁷³ *Ibid*, lk 796.

²⁷⁴ RKTko 3-2-1-89-08, p 13.

²⁷⁵ Direktiiv 2019/2121, art 86j(1).

²⁷⁶ Direktiiv 2019/2121, art 86j.

direktiivi 2019/2121 artiklile 86g(1). Seega on esmalt ebaselge, mis kasu deklaratsioon toob võrreldes juba kohustusliku avalikustamisega. Teisalt puuduvad deklaratsiooni ebatõesuse või mittenõuetekohasuse puhul sanktsioonid või tagajärjed. KarS²⁷⁷ § 281 ja § 381 näevad küll ette sanktsioonid ebaõigete andmete esitamise eest, aga vaid väga erandlikel juhtudel. Ilmselt võib sellise deklaratsiooniga ebatõeste andmete avaldamise puhul olla tegemist olukorraga, kus võlausaldajatele tekib kahju, kui nad deklaratsiooni põhjal usuvad, et nende nõuded ei vaja täiendavat tagamist ja seega loobuvad oma õiguse kasutamisest. Seega tekiks selle alusel võlausaldajatele teoreetiliselt hüvitatav kahju. Piiriülese ühinemise puhul näiteks on õiguskirjanduses leitud analoogse regulatsiooni põhjal, et see võib olla aluseks ka võlausaldaja nõudele äriühingu juhatuse liikmete vastu.²⁷⁸ Ometi ei muudaks see võlausaldajate positsiooni kuidagi tegelikkuses paremaks, sest võlausaldajate eesmärk on oma nõudeid kaitsta minimaalsete võimalike kuludega. Samuti ei ole pärast piiriülese ümberkujundamise jõustumist võimalik seda vaidlustada või tühiseks tunnistada. Kohtumenetlus on viimane võimalus, mida kasutatakse, sest see on ajamahukas ja kallid ning regulatsiooni suund peaks olema seega vaidluste ennetamisel.

Autor on arvamisel, et võlausaldajate huve kaitseks palju efektiivsemalt sõltumatu eksperdi aruande avalikustamine direktiivi 2019/2121 artikli 86g(1) alusel. Sarnaselt peab jagunemislepingut kontrollima audiitor, kes koostab kontrolli tulemuste kohta aruande.²⁷⁹ Audiitorkontroll on jagunemise puhul suunatud huvitatud poolte ehk osanike või aktsionäride kaitseks. Sõltumatu eksperdi aruande puhul on huvitatud isikute ring laiem: sinna kuuluvad ka töötajad ja võlausaldajad. Sellise aruande avalikustamine looks võlausaldajate jaoks palju selgema platvormi võlgniku majandusliku olukorra hindamiseks ja seega oleks autori arvates eelistatav eelmainitud deklaratsioonile.

3.4.2.2. Aktsiate või osade müümise õiguse rakendamine

Direktiiv 2019/2121 sätestab sarnaselt Eesti piiriülesele ühinemisele, et ümberkujundamisega mittenõustuvatel aktsionäridel või osanikel on õigus nõuda oma aktsiate või osade võõrandamist.²⁸⁰ Liikmesriigil on õigus valida, kas müümise õigus on ainult nendel

²⁷⁷ Karistusseadustik. - RT I, 28.02.2020, 5.

²⁷⁸ L. Tolstov. Äriühingu juhtorgani liikme vastutus ümberkujundamisõiguse alusel. *Juridica* 2011/7, lk 525-539.

²⁷⁹ ÄS § 436; ÄS § 439.

²⁸⁰ Direktiiv 2019/2121, art 86i.

aktsionäridel või osanikel, kes hääletasid piiriülese ümberkujundamise otsustamise üldkoosolekul piiriülese ümberkujundamise vastu või kõigil aktsionäridel või osanikel, kes seda soovivad. Direktiivi kohaselt tuleb väljumisõiguse kasutamisest teavitada ühe kuu jooksul pärast üldkoosolekut, kus otsustati piiriülese ümberkujundamise läbiviimine.²⁸¹

Õiguskirjanduses on leitud, et väikeaktsionäride või -osanike kaitse harmoniseerimata jätmist võib pidada üheks suuremaks piiriülese ühinemise direktiivi puudujäägiks.²⁸² Üks võimalik tunnustust leidnud lahendus osanike või aktsionäride optimaalseks kaitsmiseks on väljumisõiguse ja täiendava kompensatsiooni nõudmise õiguse sätestamine.²⁸³ Vastasel juhul on piiriülese ühinemise korral oht, et osanike või aktsionäride osade/aktsiate suhte asendamise käigus võidakse teatud osanikke või aktsionäre diskrimineerida. Samuti võib ühendava äriühingu liikmesriigi seadusandlus pakkuda kitsamat kaitset väikeaktsionäridele või -osanikele.²⁸⁴ Esimest ohtu piiriülese ümberkujundamise puhul ei ole, küll aga säilib teine risk igasuguse piiriülese äriühingu mobiilsuse korral. Uus direktiiv 2019/2121 sätestab samasuguse kaitse kõikide piiriüleste operatsioonide (nii ümberkujundamise, ühinemise kui ka jagunemise) jaoks.

Äriseadustikus on sätestatud juba piiriülese ühinemisega osanikele või aktsionäridele, kes operatsiooniga kaasa ei soovi minna, õigus oma osa või aktsia võõrandada ja nõuda, et ühendav ühing omandaks selle osa või aktsia hüvituse eest.²⁸⁵ Rahaline hüvitis peab olema sama suur kui rahasumma, mida osanik või aktsionär oleks saanud ühingu likvideerimisel järelejäänud vara jaotamisel.²⁸⁶ Riigikohus on põhjendanud, et selline hüvituse hindamise kriteerium võib-olla põhjendatud sellepärast, et osanikul või aktsionäril on õigus valida oma väärtpaberite säilitamise ja loobumise vahel. Raamatupidamisjärgse väärtuse järgi hüvitamine on seega erand.²⁸⁷

Direktiiv sätestab, et osanikud või aktsionärid peavad oma väärtpaberite eest saama „õiglase rahalise hüvitise.“ Keeruline on selgeks teha, mis on õiglane rahaline hüvitis ja vastavalt direktiivi preambulale soovitatakse õiglane hüvitis määrata sõltumatu eksperdi abiga.²⁸⁸ Eestis

²⁸¹ Direktiiv 2019/2121, art 86i(2).

²⁸² T. Papadopoulos (toim), lk 7.

²⁸³ J. Schmidt. Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: is there a need to legislate? Study for the YURI committee 2016, lk 21. - [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2016\)556960](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2016)556960) (15.03.2020).

²⁸⁴ *Ibid*, lk 36.

²⁸⁵ ÄS § 433⁷. Direktiiv näeb ette võimaluse väikeosanikke või -aktsionäre kaitsta, aga ei sea otseselt ühtegi konkreetset võimalust selleks, seega jäävad kaitsemeetmed liikmesriikide kujundada.

²⁸⁶ ÄS § 433⁷; ÄS § 404.

²⁸⁷ RKTko 3-2-1-145-04, p 33.

²⁸⁸ Direktiiv 2019/2121, preambula (14).

ilmselt määratakse sõltumatuks eksperdiks audiitor sarnaselt piiriülese ühinemise²⁸⁹ ja SE asutamisega.²⁹⁰ Kuivõrd direktiiv sätestab rahalise hüvitise standardiks „õiglase hinna“, mitte äriühingu vara netoväärtuse, siis ei saa võrrelda piiriülese ühinemise ja ümberkujundamise alusel väljamakstavat hüvitist. Piiriülese ümberkujundamise puhul pole võimalik mittenõustuvale osanikule või aktsiaseltsile määrata hüvitist kitsalt raamatupidamisliku väärtuse järgi, selle asemel on võimalik mõiste sisustamiseks juhendada aktsiate ülevõtmise peatükist äriseadustikus ja kohtupraktikast.²⁹¹

Õiglase hind on üldiselt eseme harilik väärtus, mis on selle kohalik keskmine müügi- ehk turuhind vastavalt TsÜS §-le 65. Väärtpaberite puhul ei pruugi sellest hoolimata turuhind ja õiglase hind omavahel seotud olla. Riigikohus on selgitanud, et turuhinda saab üldjuhul pidada minimaalseks ehk omanikud ei tohiks teenida vähem kui väärtpabereid vabalt võõrandades ja õiglase hind võib olla vastavalt olukorrale sellest kõrgem.²⁹² Valdav enamus Eestis registreeritud ühingutest on osäühingud (kokku oli 2019. a majanduslikult aktiivseid ühinguid ca 110 000, millest ca 108 000 olid osäühingud).²⁹³ Osäühingu osasid ei ole võimalik väärtpaberibörsil noteerida,²⁹⁴ seega ei ole osad olemuslikult ka likviidne vara, mida on kerge võõrandada ja osta. Vähesese likviidsuse puhul ei teki stabiilse ja põhjendatud hinnaga turgu, see tähendab, et väärtpaberid ei saavuta oma tegelikku väärtust, sest turg ei ole efektiivne.²⁹⁵ Tehingud, mida tehakse eraturul ehk mitte börsil, on palju ettearvamatumad ja väärtpaberite hinda mõjutavad igasugused arbitraarsed elemendid nagu poolte läbirääkimisvõime, sotsiaalsed suhted jne. Riigikohtuga sarnasele järeldusele on jõutud ka Euroopa Vabakaubanduse Assotsiatsiooni²⁹⁶ lahendis,²⁹⁷ kus aktsiate ülevõtmise hüvitise määramiseks tuli teha kindlaks turuhind. Turuhind moodustus börsil sisuliselt ainult ühe väikeaktsionäri tehtud tehingute põhjal ja seega ei saanud see kuidagi väljendada aktsiate tegelikku turuväärtust.²⁹⁸

Riigikohus on leidnud, et õiglase hüvitise määramisel tuleb lisaks raamatupidamislikule väärtusele vaadata ka aktsionäride võimalust oma aktsiatest kasu saada – nende väärtuse suurenemine ettenähtavas tulevikus. Üks selliseid rahvusvaheliselt ja Eestis levinud

²⁸⁹ ÄS § 433⁴.

²⁹⁰ SE määrus, art 37(6).

²⁹¹ ÄS § 363¹ – ÄS § 363¹⁰.

²⁹² RKTko 3-2-1-197-13, p 28.

²⁹³ Majanduslikult aktiivsed ettevõtted õigusliku vormi järgi. Statistikaamet 2020. - <https://www.stat.ee/68773> (19.02.2020).

²⁹⁴ Noteerimismõuded § 5. - RT I, 09.11.2010, 29.

²⁹⁵ Üldlevinud teooria kohaselt on igasugused väärtpaberiturul pakutavad finantstooted täpselt hinnastatud ehk turuhind on õiglase ja lähtub kõigist teadaolevatest asjaoludest. Suletud ja mittetoimivate turgude puhul selline eeldus ei kehti.

²⁹⁶ Inglise keeles lühendatud EFTA.

²⁹⁷ EFTA E-1/10, *Periscopus AS v Oslo Børs ASA and Erik Must AS*. Edaspidi: *Periscopus*.

²⁹⁸ *Periscopus*, p 16–17.

hindamismudeleid on näiteks DCF-meetod.²⁹⁹ Selle alusel üritatakse lihtsustatult hinnata käesoleval hetkel äriühingu väärtust hinnates ühingu tulevikuväljavaateid.³⁰⁰ Äriühingu rahavoogusid prognoositakse tulevikus teatud allahindlusega: mida kaugemas tulevikus olevaid majandustulemusi prognoositakse, seda enam ollakse konservatiivsed ja hinnatakse prognoosi täitumist. Selle alusel on äriühingu õiglane väärtus tema bilansist tulenev väärtus, millele lisatakse tulevaste aastate rahavoogudest genereeritud kasumid. Igal juhul saab selline hinnang olla vaid spetsialistide poolt antud ja oletuslik (näiteks on väga keeruline aru saada, kui suur on infotehnoloogia valdkonnas tegutseva äriühingu, mis omab peamiselt intellektuaalomandit, tegelik väärtus). Ka ei ole tulevikus toimuvaid sündmusi võimalik täpselt ette ennustada. Sellegipoolest tekivad erinevates ärisektorites teatud turu keskmised: näiteks hüpoteetiliselt turismisektori ettevõtteid müüakse tavapäraselt nende bilansiväärtusega, millele lisandub 10 aasta EBITDA-ga ehk brutokasum (kasum enne intresse, makse, kulumist ja amortisatsiooni), aga tehnoloogiaettevõtteid 16 aasta EBITDA-ga.

Teisalt, lähtudes turuhinnast ja õiglasest hüvitisest väärtpaberite võõrandamisel, võib tekkida äriühingule ootamatust suurem kulu aktsionäride või osanike väljaostmisel. Ühinemisel (ja ka teatud olukordades jagunemisel eraldumise teel) on olemas teine äriühing, kes soovib ühendatavat äriühingut endaga ühendada ja millel on eelduslikult kapitali teise ühingu endaga sidumiseks. See tähendab, et ühinemisel kasutatakse muuhulgas äriühinguvälist kapitali. Ümberkujunemise puhul on tegemist puhtalt äriühingu sisemise ümberkorraldusega, seega peab kapital väljaostmiseks tulema kas osanikelt või aktsionäridelt või äriühingult endalt. Piiriülese ümberkujundamise üks keskne idee on võimaldada piiriülest mobiilsust võimalikult kuluefektiivselt ja paindlikult. Väikeaktsionäre või -osanikke kaitsvad meetmed seega lähevad rohkemal või vähemal määral selle eesmärgiga vastuollu, sest paratamatult tekitavad kaitsenormid täiendavat aja- ja kapitalikulu. Kui väljaostuhind (ja sellega kaasnev võimalik kohtuvaidlus) muutub liiga kulukaks, siis see risk heidutab äriühingute piiriülese ümberkujundamise läbiviimist või pärast piiriülest ümberkujundamist kulutab kõigi osaliste kapitali, mida oleks optimaalsem hoopis majandustegevuses kasutada. Juba ainuüksi spetsialistide kaasamine õiglase hinna leidmiseks tähendab märkimisväärset kulu: *due diligence*³⁰¹ protsessid on ajamahukad ja kulukad. Autor on seisukohal, et sellel põhjusel peaks Eesti kasutama direktiivis sätestatud võimalust lubada äriühingust väljumist ainult nendel osanikel või aktsionäridel, kes hääletasid piiriülese ümberkujundamise otsuse vastu. Vastasel

²⁹⁹ RKTko 3-2-1-145-04, p 34; Märkus: Discounted Cash Flow ehk diskonteeritud rahavoog.

³⁰⁰ J. Chen. Discounted Cash Flow (DCF). Investopedia 2020. - <https://www.investopedia.com/terms/d/DCF.asp> (15.03.2020).

³⁰¹ Due diligence on äriühingu seisukorra hindamise protsess, kus üldiselt analüüsitakse äriühingu raamatupidamist ja finantsilist olukorda ning äriühingu lepingulisi suhteid ja võimalikke riske.

juhul võib tekkida olukord, kus liiga suur osa aktsionäridest või osanikest soovib äriühingust väljuda, mis muudaks piiriülese ümberkujundamise läbiviimise äriühingule majanduslikult ebaotstarbekast, sest kapitaliseerituse tase väheneks märgatavalt.

Sellegipoolest on autori hinnangul selline regulatsioon mõistlik, vastasel juhul võivad väikeaktsionärid või -osanikud sattuda olukorda, kus nad on sellise äriühingu osanikud või aktsionärid, kes tegutseb võõras liikmesriigis neile teadmata reeglite alusel. See takistab neil efektiivselt äriühingu juhtimises osaleda. Selline olukord võib viia äärmuslike tagajärgedeni. Piiriülese ümberkujundamise kaudu on võimalik teoreetiliselt EEA/EL territooriumilt lahkumine. Näiteks Hispaania õigus lubab kohalikel ühingutel ümber kujundada end äriühinguks, mis on registreeritud väljaspool Euroopa Liitu. Seega on võimalik olukord, kus äriühing kujundab end ümber Eesti OÜ-st Hispaania *sociedades mercantiles* tüüpi ühinguks või kasutab analoogseks eesmärgiks piiriülese ühinemise protsessi.³⁰² Hispaaniast võib äriühing end juba ümber kujundada või ühinemise käigus liikuda Euroopa Liidust välja, sh võimalikesse riikidesse, kust on raskendatud või võimatu varasid kätte saada, nõudeid esitada jne. Hispaania õiguses toimub piiriülene ümberkujundamine direktiivile 2019/2121 sarnasel viisil ehk sätestatud on erinevad kaitsemeetmed ümberkujundamise kuritarvitamise vältimiseks. Samamoodi tuleb koostada ümberkujundamise ettepanek ehk projekt, juhatuse aruanne, võlausaldajate teavitatus. Ümberkujundamise otsus tuleb heaks kiita osanike või aktsionäride koosolekul, kusjuures osanikel või aktsionäridel on võimalus äriühingust lahkuda. Võlausaldajad võivad esitada ümberkujundamisele vastuväited, kohalik register peab väljastama tõendi ümberkujundamise nõuetelevastavusele jne.³⁰³ Direktiivi 2019/2121 artikkel 86i(5) pakub osanikele või aktsionäridele vajaliku kaitse, sätestades hüvitisega seotud menetluses kohustuslikuks lähteliikmesriigi jurisdiktsiooni ja kohalduva õiguse. Tuleb siiski tõdeda, et eelpool kirjeldatud skeemid on võimalikud juba piiriülese ühinemise direktiivi ülevõtmisest saadik ning ei ole akadeemilist kirjandust ega empiirilisi andmeid, mis viitaksid ulatuslikele pettustele või ja kuritarvitustele piiriülese mobiilsuse kasutamisel.

Ühingute restruktureerimisega seoses on TsMS-is sätestatud eriregulatsioon hüvitise määramisega seotud küsimuste lahendamiseks.³⁰⁴ Autori hinnangul on regulatsioon sobilik ka piiriülese ümberkujundamise projektiga seotud hüvitiste vaidluste lahendamiseks. Direktiiviga

³⁰² J. F. F. U. Menendez, C. C. Menendez. Cross-border M&A under Spanish law. - International Financial Law Review 2013. - <https://www.iflr.com/Article/3289095/Cross-border-M-A-under-Spanish-law.html> (17.01.2020).

³⁰³ Act 3/2009 of 3. April on structural changes in trading companies. Hispaania: Ministerio de Justicia 2012, art 92–103.

³⁰⁴ TsMS pt 60.

2019/2121 tuleb vastavusse viia teatud avalduste esitamise tähtsajad jt tehnilised küsimused, aga üldiselt on lahendus sobilik ka piiriüleste ümberkujundamiste jaoks.

Kokkuvõttes on autor on arvamisel, et direktiivi 2019/2121 üle võttes tuleks lähtuda juba kujunenud õigusteooriast. Õiglane hüvitis kindlasti ei saa olla ainult bilansipõhine netoväärtus nagu hetkel kehtivas äriseadustikus piiriülese ühinemise puhul, vaid vastavalt rahvusvahelistele ettevõtete hindamismeetoditele ja põhimõtetele leitud õiglane hüvitis. Lähtuda tuleks juba eksisteerivast seadusandlusest, sh äriseadustiku aktsiate ülevõtmise peatükist ja kaasnevast kohtupraktikast, samuti Riigikohtu väljatoodud lahenditest.

3.4.3. Piiriülese ümberkujundamise keelamine

3.4.3.1. Ümberkujundamise keelamine kuritarvituse või pettuse korral

Eesti õiguse järgi ei saa registripidaja siseriiklikust ümberkujundamisest keelduda, kui ühing on täitnud seaduses sätestatud nõuded. Piiriülesel ümberkujundamisel seevastu on lähteliikmesriigil kohustus jätta ümberkujundamiseelne tõend välja andmata, kui piiriülest ümberkujundamist kavandatakse kuritarvitamise või pettuse eesmärgil, mille tagajärjeks või sihiks on hoida kõrvale liikmesriigi või liidu õigusest või kui seda kavandatakse kuritegelikul eesmärgil.³⁰⁵ Selle jaoks tuleb liikmesriigil hinnata erinevaid tegureid, mis on seotud asutamise eripäradega sihtliikmesriigis, toimingu eesmärke, ettevõtlusvaldkonda, investeringuid, puhaskäivet, kasumit, kahjumit, töötajate arvu, bilanssi, maksuresidentsust, varasid, nende asukohta, seadmeid, tegelikke kasusaajaid, töötajaid, lähetatud töötajaid ja äriühingu äririski enne piiriülest toimingut.³⁰⁶

Direktiivi alusdokumentidest ilmneb, et selline võimalus on loodud, et takistada sobiva õiguse valikut (n-õ *forum shopping*), kohalduva õiguse valikuga maksueeliste kasutamist³⁰⁷ ja riiulifirmade asutamist.³⁰⁸ Selline seisukoht on mõneti arusaamatu, sest juba 1988.a Daily Mail lahendis on Euroopa Kohus näiteks leidnud, et peakontori, st peamise asukoha mujale viimine maksueeliste kasutamiseks ei ole ebaseaduslik. Ebaseaduslik on asutamisevabaduse kasutamine

³⁰⁵ Direktiiv 2019/2121, art 86m.

³⁰⁶ Direktiiv 2019/2121, preambula (36).

³⁰⁷ Impact Assessment, lk 84.

³⁰⁸ Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv, millega muudetakse direktiivi (EL) 2017/1132 seoses äriühingute piiriülese ümberkujundamise, ühinemise ja jagunemisega, lk 3.

maksude tasumisest kõrvalehoidmiseks, nagu EK lahendis Cadbury Schweppes.³⁰⁹ Muus osas ei ole direktiivis kasutatud sõnastust täpsustatud. Selline lahendus on tõenäoliselt taotluslik kuivõrd võib olla keeruline leida konsensust liikmesriikide vahel, mida täpsemalt kuritarvitus ja pettus endast kujutavad. Seega on jäetud liikmesriikidele lai otsustusõigus kuritarvituse ja pettuse mõistete sisustamiseks.³¹⁰

Asutamisvabaduse sisuks on muuhulgas õigus valida siseturu ulatuses äriühingule sobiv jurisdiktsioon – eeliste võrdlemine ja kõige optimaalsema valiku tegemine ei ole õiguste ärakasutamine ega pettus.³¹¹ Samuti ei tohiks riulifirmade kasutamist pidada automaatselt pettuseks.³¹² Kuivõrd direktiiv 2019/2121 lubab liikmesriigil valida ühendava teguri, mis äriühingut liikmesriigiga seob ning registreeritud asukoht ja peamine tegutsemiskoht ei pea ilmtingimata ühtima, siis ei saa pidada kuritarvitamiseks ka seda, kui äriühingul ei ole majanduslikku ega muul moel olulist tegevust liikmesriigis, kus äriühing on registreeritud.³¹³

Keeruline on ette näha kõiki olukordi, mis võivad pärast direktiivi ülevõtmist tekkida seoses kuritarvituste või pettuse mõiste sisustamisega. Kuigi liikmesriikidele on piiriülese ümberkujundamise takistamiseks antud selline võimalus väidetavalt töötajate, võlausaldajate, osanike või aktsionäride kaitseks,³¹⁴ näeb direktiiv ette eraldi vastavad mehhanismid huvitatud isikute kaitseks: võimalik lisatagatis võlausaldajatele, väljumisõigus osanikele või aktsionäridele, esindusõiguse säilitamine töötajatele. Seega kaitseb direktiiv juba neid isikuid ja teatud riskid piiriülese ümberkujundamise kuritarvitamiseks on maandatud.

Üheks võimalikuks kuritarvituste juhuks võivad olla raamatupidamisega seotud pettused, kus äriühingu esitatud bilanss jt majandusnäitajad ei vasta tegelikule olukorrale ja seega ei näe võlausaldajad näiteks vajadust tagatiseks või väikeosanikule või -aktsionärile luuakse vale ettekujutus äriühingu tegelikust väärtusest, mistõttu väikeosanik või -aktsionär on osaluse või aktsiad nõus odavamalt võõrandama kui nende tegelik väärtus. Raamatupidamisega seotud probleeme on täheldatud piiriülese ühinemise puhul³¹⁵ ja ei ole põhjust arvata, et piiriülese ümberkujundamise puhul risk madalam oleks. Sellist tüüpi pettustele on kallid ja keerulised

³⁰⁹ *Cadbury Schweppes*.

³¹⁰ P. Davies, S. Emmenegger jt. The Commissions 2018 Proposal on Cross-Border Mobility – An Assessment. - *European Company and Financial Law Review* 2019/1-2, lk 202.

³¹¹ *Centros*, p 27.

³¹² *Inspire Art*, p 95-96.

³¹³ P. Davies, S. Emmenegger jt, lk 202.

³¹⁴ Frequently Asked Questions: New Company Law Rules. Brussels. Euroopa Komisjon 2018. - https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_18_3509 (12.11.2019).

³¹⁵ C. Nistor, M. Puiu, A. S. Hromei. Combating fraud in Cross-Border Merger of Companies. SEA – Practical Application of Science 2013/1, lk 3.

ennetavalt jälile jõuda,³¹⁶ eriti olukorras, kus sõltumatu eksperdi aruannet ei koostata, sest osanikud ja aktsionärid on selles kokku leppinud. Liikmesriigi pädeval asutusel pole seega võimalik kuluefektiivselt veenduda, et esitatud dokumentatsioon on tõene, ometi mõjutab see huvigruppide võimalikku õiguskaitset. Pärast piiriülese ümberkujundamise läbiviimist ei ole piiriülese ümberkujundamise tühistamine võimalik,³¹⁷ mis teeb edaspidi oma õiguste maksmapanemise kahjustatud isikule keerulisemaks, sest kohalduv õigus (välja arvatud direktiivis sätestatud erandid) on sihtliikmesriigi, mitte lähteliikmesriigi oma.

EL maksuõiguse kohtupraktikas sisustatakse selliseid olukordi kunstlike skeemide mõiste abil,³¹⁸ mis tähendab igasuguseid skeeme või toiminguid, millel puudub majanduslik sisu ja mille ainus põhjus on liikmesriigi seadustest kõrvale hoidmine. Selliseid skeeme ei võeta arvesse maksukohustuse määramisel või maksude nõudmisel.³¹⁹ Pädeva asutuse meede võib piirata asutamisevabaduse kasutamist, kui see on põhjendatud ja läbib Gebhardi testi. Põhjendatuks tuleb pidada asutamisevabaduse kuritarvitamise takistamist, aga meetmed selle takistamiseks peavad olema proportsionaalsed. Kindlasti ei ole proportsionaalsed üldised meetmed, kus eeldatakse pettust piiriülese mobiilsuse kasutamisel.³²⁰ Küll lubab National Grid Induse lahend äriühingute maksustamist piiriüleisel liikumisel, mitte piiriülese liikumise takistamist iseenesest.³²¹ Direktiivi 2016/1164 artikkel 6 ja MKS § 83 lg 4 seevastu sätestavad, et äriühingu maksukohustuse arvutamisel ignoreerib liikmesriik tehinguid või toiminguid, mida tehakse vaid maksueelise saamiseks.

Direktiivi 2019/2121 preambulas³²² küll mainitakse, et liikmesriik ei tohiks piiriülese ümberkujundamise eelset tõendit väljastada, kui piiriülene ümberkujundamine viiakse läbi maksukohustustest hoidumiseks, aga iseenesest ei takista piiriülene ümberkujundamine äriühingul täita maksukohustust. Sellist piirangut ei saa pidada EK praktika järgi proportsionaalseks asutamisevabaduse piiranguks ehk Gebhardi testi kriteeriumitele vastavaks piiranguks. Proportsionaalne on näiteks võimalus pakkuda äriühingule täita oma maksukohustused kohe või pärast piiriülest ümberkujundamist. Kui äriühing soovib maksukohustust edasi lükata, siis tuleb liikmesriigil seda lubada, aga liikmesriik võib küsida maksukohustuse edasilükkamise eest intressi. Kui on risk, et maksude hilisem kättesaamine on

³¹⁶ *Ibid*, lk 3.

³¹⁷ Direktiiv 2019/2121, art 86t.

³¹⁸ Inglise keeles “*artificial arrangements*.”

³¹⁹ P. Davies, S. Emmenegger jt, lk 204.

³²⁰ *Cadbury Schweppes*, p 51-55.

³²¹ *National Grid Indus*, p 35.

³²² Direktiiv 2019/2121, preambula (35).

keeruline, võib nõuda ka näiteks pangagarantiid.³²³ Järelikult, olenemata direktiivi preambula vihjest, ei tohi olemasolevad või tulevased maksukohustused kindlasti piiriülese ümberkujundamise läbiviimist katkestada, isegi kui piiriülene ümberkujundamine viiakse läbi näilikel või kunstlikel põhjustel. Küll võib liikmesriik seada maksuõiguslikke tingmusi piiriülese ümberkujundamise läbiviimiseks.

Eesti eraõiguses on pettusega tegemist, kui isik viiakse tahtlikult eksimusse või hoitakse teda eksimuses ebaõigete asjaolude avaldamise teel. Pettuse eesmärgiks peab olema tehingu tegemine. Ebaõigete asjaolude avaldamisega on võrdsustatud ka nendest teatamata jätmine.³²⁴ Kohus on pidanud pettuseks näiteks kontoväljavõtte võltsimist laenuaotluse esitamisel.³²⁵ Pettuse mõiste Eesti õiguses on sarnane direktiivis välja toodud kuritarvitamise ja pettuse mõistetega. Mõlemal juhul loob üks pool vaeleusaama teisele poolele mingi toiminguga läbi viimiseks, et saada isiklikku kasu (teha tehing või teha toiming äriühingu asukoha muutmiseks). Üks võimalik viis, kuidas piiriülest ümberkujundamist kuritarvitada, on igasuguse aruandluse ja raamatupidamise võltsimine, et läbi ümberkujundamise raskendada näiteks teatud nõuete maksmapanemist. Säärane olukord sobib nii direktiivi 2019/2121 kui Eesti eraõiguse sätete järgi pettuse mõiste alla.

Kokkuvõttes jätab direktiiv liikmesriikidele palju ruumi, sisustamaks direktiivis leiduvat võimalust peatada piiriülese ümberkujundamise menetlus, kui on alust arvata, et piiriülene ümberkujundamine teostatakse kuritarvitamise või pettuse eesmärgil. Pettuseks või kuritarvitamiseks ei saa pidada olukordi, kus piiriülest ümberkujundamist soovitakse teha maksuõiguslikel eesmärkidel, sest see läheb vastuollu EL-i maksuõigusega ja kohtupraktikaga. Pettuse või kuritarvituse mõiste määratlematuse tõttu võib juhtuda, et liikmesriigid sisustavad neid mõisteid ülearu rangelt, keelates ebamõistlikult piiriülese ümberkujundamise läbiviimist ja piirates ebaproportsionaalselt sellega äriühingute asutamisvabaduse kasutamist. See võib teha keeruliseks äriühingutele Eestisse sisenemise või Eestist väljumise ja mõjuda üldiselt EL siseturu toimimisele negatiivselt.

³²³ *National Grid Indus*, p 74.

³²⁴ TsÜS § 94 lg 1–2.

³²⁵ RKTko 3-1-1-106-12, p 33.

3.4.3.2. Ümberkujundamise keelamine äriühingu maksejõuetus- või likvideerimismenetluse tõttu

Liikmesriigid ei pea võimaldama piiriülest ümberkujundamist äriühingutele, kelle kohta on alustatud maksejõuetus- või saneerimismenetlust³²⁶ ja ei tohi võimaldada piiriülest ümberkujundamist äriühingutele, mis on juba likvideerimisel ja on alustanud oma varade jaotamist.³²⁷

On positiivne, et liikmesriigil on õigus lubada saneerimisel äriühingute piiriülest ümberkujundamist. Saneerimise³²⁸ eesmärk on võlgniku varade, kohustuste või kapitalistruktuuri muu osa muutmine, et vältida võlgniku pankrotistumist.³²⁹ See tähendab, et lisaks klassikalistele abinõudele, nagu näiteks äriühingu varade võõrandamine, võib saneerimisabinõuks olla ka äriühinguga teisele turule sisenemine või tootmise teise asupaika viimine jne. Kui äritegevus ühes kohas ebaõnnestus, siis edukas saneerimine võibki seisneda selles, et äritegevuseks leitakse soodsam koht, kus toote või teenuse jaoks on suurem nõudlus. Samamoodi on saneerimise käigus võimalik viia tootmine üle liikmesriiki, kus on väiksemad tööjõukulud. Seega võib piiriülene tegevus olla täiesti tavapärane ja isegi positiivne saneerimismenetluse osa.

Samuti on liikmesriike, kus pikka ega ei olnud võimalik realselt saneerimist teostadagi, näiteks Saksamaa.³³⁰ See tähendab, et makseraskuste korral ei oleks Saksamaal maksejõuetuse olukorra laheneda isegi võimalik. Direktiiv 2019/1023 harmoniseerib saneerimismenetluse liikmesriikides, mistõttu sellist ohtu enam pärast direktiivi ülevõtmist ei ole.

Magistritöö autor on seisukohal, et Eesti peaks ära kasutama liikmesriigile jäetud õigust lubada piiriülelset ümber kujundada äriühinguid, kes on makseraskustes, kuid mis on eeltoodud põhjustel saneerimisel. Kuigi direktiiv 2019/2121 ja saneerimist harmoniseeriva direktiivi 2019/1023 kohaldamise vahel ei tohiks vastuolusid olla,³³¹ siis piiriülese saneerimise piiramine

³²⁶ Direktiiv 2019/2121, art 86a(4).

³²⁷ Direktiiv 2019/2121, art 86a(3); preambula (9).

³²⁸ Vastavalt saneerimisseaduse §-le 2 on saneerimine abinõude rakendamine ettevõtte majanduslike raskuste ületamiseks. Saneerimisseadus. - RT I, 26.06.2017, 35.

³²⁹ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv (EL) 2019/1023, 20. juuni 2019, mis käsitleb ennetava saneerimise raamistikke, võlgadest vabastamist ja äritegevuse keeldu ning saneerimis-, maksejõuetus- ja võlgadest vabastamise menetluste tõhususe suurendamise meetmeid, ning millega muudetakse direktiivi (EL) 2017/1132 (saneerimise ja maksejõuetuse direktiiv), art 2(1)(1). – ETL L 172/18, lk 18-55.

³³⁰ G. Streit, F. Bürk. Restructuring and insolvency in Germany: overview. Thomson Reuters. Practical Law. - [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-501-6976?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-501-6976?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1) (15.04.2020).

³³¹ Direktiiv 2019/2121, preambula (9).

läheks vastuollu saneerimisdirektiivi ideega. Saneerimisdirektiiv loodi, et eemaldada takistusi siseturu toimimisel ja aidata kaasa põhiõiguste (sh asutamisvabaduse ja vaba kapitali liikumise õiguse) kasutamisele saneerimise ja restruktureerimise puhul.³³² Saneerimisvõimaluste ebamõistlik piiramine oleks sellisel juhul vastupidise mõjuga.

³³² Direktiiv 2019/1023, preambula (1).

KOKKUVÕTE

Magistritöö eesmärgiks oli uurida, kuidas on hetkel Eesti õigussüsteemis ELTL artiklitest 49 ja 54 tulenev asutamisevabaduse õigus tagatud ning kas senine õigusloome ja direktiiv 2019/2121 on asutamisevabaduse tagamiseks sobivad. Töös otsiti vastust küsimusele, kas piiriülene ümberkujundamine on seniste võimalustega võrreldes sobivam viis peamise asukoha muutmiseks ja kas see on Eesti kehtiva õiguse järgi võimalik. Samuti analüüsiti töös, kas asutamisevabadus peamise asukoha muutmiseks on Eestis tagatud pärast direktiivi 2019/2121 vastuvõtmist. Asutamisevabadus kätkeb peamise ja teise asukoha muutmise õigust ning magistritöö autor keskendus just peamise ehk registrijärgse asukoha muutmise võimalustele. Seoses peamise asukoha muutmisega uuris magistritöö autor ka, millist mõju avaldab 2019. aasta lõpus vastuvõetud direktiiv 2019/2121 asutamisevabaduse kasutamisele.

Töö käigus jõudis autor järgmistele järeldustele.

Asutamisevabadus hõlmab endas igasuguseid meetmeid, mis lihtsustavad või võimaldavad majandustegevusega tegelemist teises liikmesriigis, sh piiriülest mobiilsust. Peamist asukohta on võimalik vahetada käesoleval hetkel kahel viisil: *Societas Europaea* asutamise ja piiriülese ühinemise kaudu. SE ei ole praktiliselt kasutatav variant enamike ettevõtjate jaoks, sest asutamiskulud on kõrged, asutamiseks on vajalik juba eelnev piiriülene tegevus ning regulatsioon on kohati segane. Seda näitavad ka numbrid, 2017. aasta seisuga moodustasid SE-d vaid 0,01% Euroopa Liidus asutatud äriühingutest, kusjuures SE-dest omakorda enamust ei kasutata äritegevuseks ehk tegemist on n-õ seisvate äriühingutega. Magistritöö autor leiab, et takistavaks asjaoluks on ilmselt ka suur aktsiakapitali nõue (minimaalne kapital on 120 000 eurot) ja kõrge töötajate kaitse tase.

Piiriülese ühinemisega ei säilita äriühing oma identiteeti ja piiriülene ühinemine on ülemäära keerukas abinõu peamise asukoha muutmiseks. Näiteks on peamise asukoha teise liikmesriiki viimiseks piiriülese ühinemise kaudu vajalik esmalt teises liikmesriigis sobiv äriühing asutada. Piiriülene ühinemine näeb ette võimaluse lihtsustatud menetluseks ainult olukorras, kus tütarühing ühineb emaühinguga. Samas äriühing, kes soovib oma peamise asukoha viia teise liikmesriiki, ühineb hoopis oma teises liikmesriigis asutatud tütarühinguga. Seega on olukord vastupidine ning emaühing on ühendatav ühing ja tütarühing on ühendav ühing. Ümberkujundamine on üht ettevõtjat hõlmav äriühingu ümber korraldamine, kus ei ole vaja tagada sama tasemega kaitset osalistele, nagu mitme osalisega ühinemise puhul. Seega on

piiriülene ühinemine küll võimalik viis peamise asukoha muutmiseks, aga tegemist on ebasobiva meetodiga ja seda eriti väikeste ja keskmiste äriühingute jaoks. Uuringud on veenvalt kinnitanud, et piiriülene ühinemine on sobilik eelkõige suurtele ettevõtjatele. Keskmiste ja väikeste ettevõtjate jaoks ei ole piiriülene ühinemine praktiline peamise asukoha muutmise viis, kuna sellega kaasneb suur aja- ja muude ressursside kulu.

Seega jõudis magistritöö autor järeldusele, et vormiliselt võimaldavad olemasolevad võimaluselt asutamisvabadust kasutada peamise asukoha muutmiseks, aga sisuliselt ei ole tagatud asutamisvabaduse eesmärk ja Euroopa Kohtu praktikas sisustatud ulatus. Muuhulgas ei ole piisavalt tagatud õigus peamist asukohta muuta õiguslikku järjepidevust säilitades. Järeldusele, et piiriülene mobiilsus Euroopa Liidus ei vasta asutamisvabaduse standardile, on jõudnud ka Euroopa Nõukogu ja Euroopa Parlament, kes võtsid magistritöö kirjutamise ajal vastu direktiivi 2019/2121, mis harmoniseerib piiriülese ümberkujundamise, jagunemise ja muudab piiriülese ühinemise reeglistikku.

Euroopa Kohtu praktika näitab, et äriühingutel peab olema võimalus ühing ümber kujundada teise liikmesriigi äriühinguks, kusjuures liikmesriigil on väga piiratud võimalused seda takistada. VALE lahend kinnitas äriühingute fundamentaalset õigust peamise asukoha muutmiseks piiriüleseks ümberkujundamise kaudu ning Polbudi lahend täpsustas, et liikmesriigid ei tohi nõuda enne ümberkujundamist äriühingu likvideerimist. Kohus näeb ette ka põhimõtted, mille alusel on võimalik piiriülesest ümber kujuneda olukorras, kui liikmesriigis ei ole selleks õigusnorme ette nähtud. Nimelt tuleb sellisel juhul analoogia korras kohaldada siseriiklikke õigusnorme ümberkujunemiseks, aga näiteks Saksamaa liidumaa ülemkohus on leidnud, et lisaks tuleks analoogia põhjal kohaldada ka piiriülese ühinemise norme.

Euroopa Kohus on sätestanud põhimõtted piiriüleseks ümberkujundamiseks ja sisustanud ka piiranguid, mida liikmesriik võib asutamisvabadusele seada. Piiranguteks saab tulenevalt Gebhardi lahendist pidada igasuguseid meetmeid, mis keelavad, takistavad või muudavad vabaduse kasutamise vähem atraktiivseks. Daily Maili lahend lisab, et piiranguks võib pidada ka meetmeid, mis pelgalt heidutavad asutamisvabaduse kasutamist. Lubatud on piirangud, mis kaitsevad ülekaalukat avalikku huvi. Piirangud peavad seejuures olema sobivad, vajalikud, proportsionaalsed ja ei tohi diskrimineerida kohalikke ega välismaiseid isikuid. Põhimõtteliselt võib avalikku huvi põhjendada ka vähemusosanike või -aktsionäride, võlausaldajate, töötajate või keskkonna kaitse vajadusega. Sellest hoolimata on kohtupraktika valdavalt liikmesriikide seatud piiranguid pidanud mitesobivateks, sest liikmesriigid kipuvad keelama ümberkujundamist olukordades, kus saaks väidetavaid riske maandada ka vähem riivavate

vahenditega. Näiteks National Grid Induse lahendis nägid Madalmaad ette kohese maksustamise olukorras, kus kohalik äriühing viib oma juhatuse asukoha mujale (muutes kohalduvat õigust asukohateooria alusel). Kohus leidis, et selline maksustamine on küll põhimõtteliselt lubatud, aga mitte proportsionaalne. Liikmesriigil oli risk maksutulust ilmajäämiseks ja kohus sedastas, et maksutulu laekumist saab kindlustada ka vähem riivavat meetodit kasutades ehk äriühingult võib nõuda näiteks pangagarantiid. Analoogselt on kohus sisustanud ka näiteks võlausaldajate kaitset, leides, et võlausaldajaid ei pea kaitsma mobiilsuse keelamisega ega kohustuslike kapitalinõuetega, aga pigem lihtsalt erinevate tagatiste kasutamiseks. Sama põhimõtet on väljendatud ka direktiivis 2019/2121, mille kohaselt on võlausaldajatel enne piiriülest ümberkujundamist võimalik nõuda lisatagatist.

Kui esimese ja teise peatüki põhjal jõudis magistr töö autor järeldusele, et asutamisvabadus ei ole hetkel tagatud ulatuses, mida Euroopa Liidu õigus nõuab, siis kolmandas peatükis analüüsis töö autor praeguseid takistusi piiriüleseks ümberkujundamiseks ning võimalikke takistusi, mis kerkivad üles koos direktiivi 2019/2121 ülevõtmisega. Praegu kehtiv Eesti materiaalõigus ei võimalda piiriülest ümberkujundamist praktikas probleemideta läbi viia. Äriseadustik jt relevantsete õigusaktid on kujundatud kinnise süsteemina, mis tähendab, et ümberkujunemine on praegu võimalik vaid äriühingute puhul ja lubatud äriühingute vormid on selgelt seaduses välja toodud. Sellises olukorras tuleb kohaldamisele Euroopa Kohtu kujundatud piiriülese ümberkujundamise mudel, mis seisneb siseriiklike õigusaktide analoogia korras kohaldamises. Samas ei ole teada ühtegi juhtumit, kus Eesti oleks edukalt olnud piiriülese ümberkujundamise siht- või lähteliikmesriik.

Seoses piiriülese ümberkujundamisega võib probleeme tekitada ka kohalduv õigus. Eesti lähtub nii inkorporatsiooni- kui asukohateooriast ja on ebaselge, millal kuulub kohaldamisele üks või teine, eriti piiriülese mobiilsuse korral. Arvestades Polbudi lahendist sedastatut, et registrijärgse asukoha muutmiseks ei ole vajalik majandustegevuse üleviimine sihtkoha liikmesriiki, on asukohateooria rakendamine Eestis problemaatiline ning võib viia vastuoluliste olukordadeni. Olukorras, kus ettevõtja äritegevus säilib Eestis, aga äriühing kujundatakse ümber teise liikmesriiki, võib kohalduvaks õiguseks jääda Eesti õigus. See tähendab, et välisriigi äriühingule tuleks kohaldada äriseadustikust tulenevaid nõudeid ja õigusi. Näiteks saab ainult aktsiaseltsi nõukogu otsuse alusel määrata esindaja juhatuse liikmeka õigusvaidluse pidamiseks, aga lähteliikmesriigis võib selline õigus olla ka aktsionäridel. Kui lähteliikmesriigis on esindaja määratud, siis tuleb asuda seisukohale, et ka edaspidises menetluses tuleb lähtuda lähteliikmesriigi õigusest ehk õigusest, mis kehtis esindaja määramise

ajal. Eeltoodust tulenevalt teeb autor ettepaneku muuta Eesti rahvusvahelise eraõiguse seadust selliselt, et Eestis kohaldataks ainult inkorporatsiooniteooriat.

Direktiiv 2019/2121 harmoniseerib piiriülese ümberkujundamise puhul teatud olukordades kohalduva õiguse reeglid. Näiteks on osanikel või aktsionäridel õigus nõuda hüvitist äriühingust väljumisel lähteliikmesriigi õiguse alusel ning lähteliikmesriigi kohtus. Samuti säilib võlausaldajatel täiendava tagatise nõudmisel õigus pöörduda lähteliikmesriigi kohtusse lähteliikmesriigi õiguse alusel. Kaks aastat pärast ümberkujundamise projekti avalikustamist võivad võlausaldajad oma nõuetega pöörduda lähteliikmesriigi kohtusse.

Liikmesriigi poolt seatavad piirangud on seotud üldiselt avalike huvide kaitsega. Direktiiv 2019/2121 täpsustab mõnda lubatud piiranguist, sätestades erinevad tagatised võlausaldajatele, osanikele või aktsionäridele. Ka kohtupraktika lubab seada huvitatud isikute kaitseks piiranguid asutamisevabadusele, kui piirangud vastavad Gebhardi testi kriteeriumitele. Autor on seisukohal, et võlausaldajate kaitsemeetmed direktiivis 2019/2121 on kooskõlas siseriikliku ja Euroopa Kohtu praktikaga. Võlausaldajatel on õigus nõuda teatud tingimustel enne piiriülest ümberkujundamist oma nõuetele lisatagatist ning liikmesriigid võivad ka kohustada äriühingu juhtorganit tegema avaldust, milles kirjeldatakse äriühingu majanduslikku olukorda. Magistritöö autor leiab, et eelnimetatud deklaratsioonile parem alternatiiv on samuti direktiivis sätestatud võimalus kohustada äriühinguid tegema avalikuks sõltumatu eksperdi aruanne või vähemalt lasta äriühingul ühe või teise vahel valida. Sõltumatu eksperdi aruande avalikustamine võimaldab võlausaldajatel endil hinnata äriühingu maksevõimet ja seega täiendava tagatise vajalikkust.

Teine märkimisväärne direktiiviga ettenähtud kaitseabinõu on aktsionäride või osanike õigus võõrandada piiriülesel ümberkujundamisel oma aktsiad või osad ümber kujunevale äriühingule. Liikmesriigid võivad direktiivi 2019/2121 kohaselt valida, kas selline õigus on ainult neil, kes hääletasid piiriülese ümberkujundamise otsustamise üldkoosolekul piiriülese ümberkujundamise vastu või kõigil aktsionäridel või osanikel, kes soovi avaldavad. Direktiiv 2019/2121 ei sätesta tingimusi, mille alusel tuleb õiglase hüvitis määrata ja seega jääb see vaidluse korral liikmesriikide õiguskordade sisustada. Eestis hindab hüvitise õiglust tõenäoliselt audiitor sõltumatu eksperdina. Kui õiglase hinna vaidlus kohtusse jõuab, siis on võimalik juhendada olemasolevast kohtupraktikast, lähtuda saab analoogia korras aktsiate ülevõtmise regulatsioonist. Õiglase hind rahvusvaheliste standardite ja kohtupraktika alusel moodustab äriühingu raamatupidamislikult väärtusest, millele liidetakse teatud arvu aastate diskonteeritud rahavoog. Olenevalt äriühingu varast ja äritegevuse iseloomust võib õiglase

hüvitise määramine olla väga keeruline, aga see pole mitte niivõrd õiguslik, kui pigem majanduslik probleem. Õiglase hinna määramisel ei tohiks kohtupraktikas lähtuda piiriülese ühinemise regulatsioonist, sest hüvitis piiriülese ühinemise puhul määratakse lähtudes rahasummast, mis väljuv osanik või aktsionär saaks äriühingu likvideerimisel. Tegemist on minimaalse hüvitisega, mis ei lähtu äriühingu õiglasest väärtusest ja seega pole sobilik piiriülese ümberkujundamise puhul.

Eelmainitud kaks võimalust iseenesest ei luba piiriülese ümberkujundamise läbiviimist peatada, aga olemuslikult on ikkagi piirangud asutamisevabadusele, sest asutamisevabadust piiravad kõik meetmed, mis võivad panna äriühingu loobuma kavatsusest kasutada asutamisevabadust või mis seavad asutamisevabadusele tingimusi. Siiski leiab autor, et sellised piirangud on üldiselt põhjendatud ja kooskõlas proportsionaalsuse ning muude Gebhardi testi kriteeriumitega.

Tööst nähtus, et piiriülese ümberkujundamise menetluse võib peatada kahel juhul: kuritarvituse või pettuse tuvastamisel või äriühingu maksejõuetuse puhul. Kuritarvitus või pettus on seejuures direktiivis sisustamata mõisted. Arvestama peab, et Euroopa Kohus on mitmes asjas piiranud liikmesriikide arusaama kuritarvitusest. Näiteks ei ole piiriülene mobiilsus maksude optimeerimise eesmärgil õiguse kuritarvitamine. Samuti tuleb asuda seisukohale, et juba direktiiv ise paljuski minimeerib ohte kuritarvitava eesmärgiga piiriülese ümberkujundamise läbiviimiseks, nähes ette dokumentide kontrolli audiitori poolt, kohalduva õiguse reeglid erinevate huvigruppide kaitseks jne. Autor leiab, et üks kuritarvitamise viis võib olla aruandluse ja raamatupidamise võltsimine ja piiriülene ümberkujundamine selleks, et raskendada tulevikus esitatavate nõuete maksmapanemist. Kuritarvitamise ja pettuse sisustamine peab alati olema kaasuspõhine ja seega ei saa teatud tegevust juba eelduslikult pidada kuritarvituseks ning sel põhjusel keelduda piiriülese ümberkujundamise tõendi väljastamisest. Seega peab liikmesriik igal konkreetsel juhul eraldi hindama, kas tegemist on kuritarvitamise ja pettusega ning see paneb liikmesriigile suure halduskoormuse. Kuritarvitamise ja pettuse sisustamine on ka ehk raskeim osa direktiivi ülevõtmisest, sest sisustamine peab vastama Gebhardi testi kriteeriumitele ja mitte liigselt asutamisevabadust piirama.

Mis puudutab maksejõuetute ja saneerimisel olevate äriühingute piiriülest ümberkujundamist, siis on autor seisukohal, et Eesti ei peaks kasutama direktiivis sätestatud võimalust keelata maksejõuetute või saneerimisel olevate äriühingutele piiriülest ümberkujundamist. Saneerimine käigus võib olla äriühingul igati mõistlik kujundada oma tegevus ümber mõnda teise liikmesriiki, kus on tootmine odavam või kus on parem toote ja turu sobivus. Piiriülene mobiilsus võib säästa ettevõtteid pankrotist. Lisaks läheks selline keeld vastuollu

saneerimisdirektiiviga, mis loodi selleks, et eemaldada takistusi siseturu toimimisel ja aidata kaasa asutamisvabaduse kasutamisele saneerimise ja restruktureerimise puhul.

ENSURING FREEDOM OF ESTABLISHMENT IN ESTONIA TO TRANSFER PRIMARY ESTABLISHMENT THROUGH A CROSS-BORDER CONVERSION

Abstract

Articles 49 and 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union stipulate that companies must be able to exercise their freedom of establishment within the European Union. The freedom of establishment guaranteed by the Treaty means that both natural and legal persons may conduct their business in any Member State of the European Union (EU). The more general objective of freedom of establishment is to develop an even more intertwined and cooperative internal market. Freedom of establishment thus includes the right to cross-border mobility, which subsequently includes change of primary establishment.

The European Court has substantiated the essence, scope and limits of the freedom of establishment. This is due to reason that Member States have been slow and not always cooperative in enabling cross-border mobility. In particular, there are problems with changing primary establishment via cross-border conversions. The primary establishment of a company is in the Member State whose law applies to the company. Primary establishment can be changed currently through a cross-border merger or by establishing a *Societas Europaea* (SE) company.

In 2019, the European Union adopted Directive 2019/2121, which harmonises cross-border conversions. The objective of this paper is to analyse the possibilities of changing the primary establishment in the current legal environment, focusing primarily on the most recent instrument of cross-border mobility - cross-border conversion. The paper seeks to answer the question whether cross-border conversion is a more suitable way to change the primary establishment compared to the current possibilities and whether it is possible under current Estonian law. Considering the latest decisions of the European Court in relation to the freedom of establishment, freedom of establishment is not guaranteed to companies in Estonia. As the rulings of the Court set out the principle that a company must have the right to convert its principal place of business to another Member State without losing legal continuity, it must be possible in practice. The exercise of freedom of establishment must not be made too difficult and deterring for companies. In addition to the above, this paper analyses the extent to which the freedom of establishment for changing the primary establishment in Estonia is guaranteed after the adoption of Directive 2019/2121. According to the conclusions reached in the paper, the author also assesses which legal provisions in Estonia may conflict with the freedom of

establishment and how to ensure the exercise of the freedom of establishment for companies even before the transposition of Directive 2019/2121 into national law.

As of right now, companies are able to use the freedom of establishment through secondary establishment (establishing branches, subsidiaries or joint ventures) and primary establishment. The latter is possible only through a cross-border merger or a conversion into a SE. Neither of those options allow companies to exercise their right to cross-border mobility in a manner that is affordable, flexible and allows companies to effectively take part of the EU's internal market. Cross-border mergers are regulated in the Directive 2017/1132 (consolidated). The directive is designed to protect interests of two merger participants and thus takes a more cautious approach from the timeline and stakeholder protection standpoint. It is not possible to fast-track the merger process. Important legal questions have not been harmonized to the extent necessary, for example there is no harmonized minority shareholder protection.

Societas Europaea or the “European Company” has also not lived up to the original expectations. SE was intended as a legal vehicle for the large companies with cross-border economic activity. Unfortunately, the SE has remained a niche option, suitable only in certain jurisdictions, such as Czech Republic and Germany. Many legal scholars have suggested that unpopularity of the *Societas Europaea* is due to various compromises European Commission had to make in order to pass the regulation. The author also adds that SE is intended for larger businesses but large majority of businesses in Estonia and Europe are small to medium size (SME). Thus, SMEs have no use for an expensive SE type of company with a minimum share capital of 120 000 EUR and a pre-existing requirement to have cross-border presence.

Both the cross-border merger and the SE regulation are thus too complicated, time consuming and costly to use for SMEs. As European Union companies are mostly small to medium size private limited liability companies, this means that majority of the companies in the EU cannot access freedom of establishment to the extent they should be able to.

In order to understand and substantiate the freedom of establishment, the author analysed relevant EC case law. The EC case law has stipulated that companies have a right to convert themselves to another Member State. Conversion does not require transfer of actual business activity. The companies cannot be obligated to undergo liquidation proceedings and companies must be able to retain their legal continuity. If there are no provisions regarding cross-border conversions in a Member State, the state must apply provisions of internal company conversion analogously.

In principle the Member States are not allowed to hinder or forbid companies from transferring their primary establishment to another Member State. However, Member States can choose

their own “connecting factor” upon which the company will be deemed a company of the respective state. If the company does not have the required connecting factor, the Member State has no obligation to allow company to establish itself in said state. This connecting factor usually is a registered address of the company or real seat of the company. In addition to that, Member States are allowed to limit freedom of establishment if it is necessary to protect the general good. It is only allowed if measures fulfil the Gebhard criteria: the measures are implemented without discrimination, there is an imperative requirement in the general interest, the measure is suitably necessary for securing the attainment of the objective which the measure pursues and the measure does not go beyond what is necessary in order to attain the objective.

In practice it is difficult to implement measures that infringe the freedom of establishment and fulfil the Gebhard criteria. The EC case law has stated for example that mandatory exit tax for the companies does not fulfil that criteria if the company is obligated to pay the tax before being allowed to complete the cross-border operation.

On the basis of the review of existing cross-border mobility instruments and EC case law, the author concludes that freedom of establishment is not currently guaranteed to the extent required by EU law. The Commercial Code allows only intra-state conversions, which means that companies registered in Estonia are only permitted to convert into other Estonian companies. Pursuant to the EC case law, Member States should still allow cross-border conversions by applying national law by analogy. However, in practice this might not be feasible for companies as there are no clear procedural requirements set out, which in turn make exercising cross-border conversion too risky. There are no known cases of companies successfully completing inbound or outbound conversion in relation to Estonia.

The next major obstacle is the differing theories of applicable law. Estonia applies mostly incorporation theory but Estonian international private law also allows courts to apply real seat theory in case a company is actually managed from Estonia or the main activities of the company are carried out in Estonia. This can lead to contradictory situations. In a situation where the company's business activity remains in Estonia but the company itself is converted into another Member State, the applicable law may still be in Estonia as courts have an option to apply real seat theory. The European Court case law stipulates that in principle companies are free to choose the state the company wants to be tied with. That means that if a company chooses to cut ties with Estonian law and become for example a SIA pursuant to Latvian law, Estonian authorities cannot stop the company from doing so. Unless there is an imperative requirement in the general interest. Also it is unclear what law should be applied in case for example shareholders of a foreign company have elected a special representative to bring a

claim against the management board members. As stipulated in the Commercial Code, only supervisory board members can elect a representative for suing a management board member. It is unknown if in this case the court should apply incorporation theory or real seat theory. The author is of opinion that change of applicable law should not strip party of rights enjoyed under laws of original Member State. Otherwise the companies controlled by the management can take advantage of cross-border mobility options to attain a more favourable jurisdiction for protection. Although it must be stated that pursuant to the EC case law, company forum shopping is not misuse or abuse of the freedom of establishment. For example, in EC case Kornhaas, a member of the management board was found liable under Germany law, although the company was registered in United Kingdom. The author recommends to amend Estonian international private law by applying solely incorporation theory.

Directive 2019/2121 harmonises the applicable law rules in certain situations. For example, the shareholders have the right to compensation if they wish to exit the company prior to the conversion. Any claim related to that compensation will be subject to the laws and jurisdiction of a departure Member State. Creditors can also bring claims before the courts of the Member State of departure after the conversion for two years.

As stated before, restrictions imposed by the Member States have to be related to the protection of the general good. Directive 2019/2121 specifies some of the permitted restrictions by providing different mechanisms to defend stakeholders, namely creditors and shareholders but also employees to lesser extent. EC case law allows to restrict the freedom of establishment if those restrictions meet the Gebhard criteria. The author finds that the creditor protection measures in Directive 2019/2121 are in line with Estonian and EC case law. Creditors have the right, under certain conditions, to require additional collateral before cross-border conversion, and Member States may also require the company's management board to make a statement describing the company's financial situation. The author considers that a better alternative to the declaration is also the possibility provided in the directive to oblige companies to make the report of an independent expert public or at least to let the company choose between one or the other. Disclosure of the independent expert's report allows creditors to assess the company's solvency and thus the need for additional collateral.

Another significant restriction is the right of shareholders to transfer their shares for a just compensation in a cross-border conversion. The Directive 2019/2121 does not lay down the conditions under which fair compensation must be awarded and therefore remains a matter for the legal systems of the Member States in the event of a dispute. In Estonia, the justness of compensation is likely to be assessed by an auditor as an independent expert. If the fair price

disputes reach the court, it is possible to follow the existing case law and regulation by analogy. A just price based on international standards and case law, by which just price consists of company's book value plus a discounted cash flow of predetermined time period. Depending on the company's assets and the nature of its business, determining just compensation can be very difficult but it is not so much a legal problem as it is an economic one. The determination of a just price should not be based on cross-border merger provisions or related case law as compensation in the case of a cross-border merger is determined on the basis of the amount of money that the exiting shareholder would receive upon liquidation of the company. This is a minimum compensation that is not based on the just value of the company and is therefore not suitable for cross-border conversion.

The two options mentioned above do not allow to suspend the cross-border conversion but in essence are still considered as restrictions on the freedom of establishment because the freedom of establishment is hindered also by measures that discourage the exercise of the freedom of establishment. However, the author considers such restrictions to be generally justified and in accordance with the Gebhard's criteria. The cross-border conversion proceedings can be suspended in two cases: in case of detection of abuse or fraud, or in case of company's insolvency. The detection of abuse or fraud is an incomplete concept and it is not clear how should those terms be substantiated pursuant to the Directive. The EC has in several cases limited the Member States' perception of abuse. For example, cross-border mobility for tax optimization purposes is not an abuse of rights. In many respects, the Directive minimizes the risks of abusive cross-border conversion already by providing for independent expert control, rules of applicable law to protect different stakeholders, and so on. The author considers that one form of abuse may be the falsification of reporting and accounting during cross-border conversion proceedings in order to make it more difficult to claim damages that might occur in the future. Establishing an abusive or fraudulent conversion has to be based on individual circumstances, certain activities may not be formally designated as being for abusive or fraudulent purposes. Only then the authority can suspend the cross-border conversion. In each case, the Member State must assess separately whether there is an abuse or a fraud, which imposes a heavy administrative burden on the Member State. Substantiating abusive or fraudulent purposes/situations is perhaps the most difficult part of transposing the directive, as the restrictions must still meet the Gebhard criteria and not unduly restrict freedom of establishment. The author considers that the competences given to the Member States are very narrow and difficult to successfully implement.

The author is of opinion that Estonia should not use the possibility provided in the Directive 2019/2121 to prohibit the cross-border conversion of insolvent or restructuring companies. In the course of restructuring, it may be prudent for a company to restructure its activities in another Member State where production of goods is cheaper for example or where the product-market fit is better. Cross-border conversion can save companies from bankruptcy. In addition, such a ban would contradict the idea behind the “restructuring” Directive 2019/1023, which was created to remove obstacles to the functioning of the internal market and to facilitate the exercise of freedom of establishment in insolvency and restructuring.

KASUTATUD MATERJALID

Kasutatud kirjandus

1. Ahern, D. The EU, Close Corporations and Member State Sovereignty: Too Close for Comfort? Critical Reflections on the Evolving *Societas Unius Personae* (SUP) Proposal. *Irish Business Law Review* 2016/1.
2. Baelz, K., Baldwin, T. The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law. - *German Law Journal* 2002/3. - <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=214> (14.03.2020).
3. Conac, P.-H. The *Societas Unius Personae* (SUP): A “Passport” for Job Creation and Growth. – *European Company and Financial Law Review* 2015/12(2).
4. Davies, P., Emmenegger S., Ferran E., Ferrarini, G., Hopt, K. J., Moloney, N., Opalski, A., Pietrancosta, A., Roth, M., Skog, R., Winner, M., Winter, J., Wymeersch, E. The Commissions 2018 Proposal on Cross-Border Mobility – An Assessment. - *European Company and Financial Law Review* 2019/1-2.
5. de Luca, N. *European Company Law: Text, Cases and Materials*. New York: Cambridge University Press 2017.
6. Feldman, K. Ühingute piiriülene liikumine Euroopa Liidus. - *Juridica* 2015/2, lk 118.
7. Garcimartin, F., Gandia, E. Cross-Border Conversions in the EU: The EU Commission Proposal. - *European Company and Financial Law Review* 2019/1-2.
8. Grundmann, S. *European Company Law. Organization, Finance and Capital Markets*. 2nd ed. Antwerp: Intersentia 2012.
9. Keller, B., Rosenbohm, S. The European Company: Original expectations and deficiencies of implementation. - *SAGE journals* 2020/1. - <https://journals-sagepub-com.ezproxy.utlib.ut.ee/doi/10.1177/0959680118825057> (10.03.2020).
10. Kõve, V., Järvekülg, I., Ots, J., Torga, M. *Tsiviilkohtumenetluse seadustik. II. Kommenteeritud väljaanne*. Tartu: Juura 2017.
11. Looijestijn-Clearie, A. Centros Ltd: A Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies? - *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 49. 2000/3, lk. 641.
12. Menendex, J. F. F. U., Menendez, C. C. Cross-border M&A under Spanish law. - *International Financial Law Review* 2013. -

- <https://www.iflr.com/Article/3289095/Cross-border-M-A-under-Spanish-law.html>
(17.01.2020).
13. Myszke-Nowakowska, M. The Role of Choice of Law Rules in Shaping Free Movement of Companies. Antwerp: Intersentia 2014.
 14. Nistor, C., Puiu, M., Hromei, A. S. Combating fraud in Cross-Border Merger of Companies. SEA – Practical Application of Science 2013/1.
 15. Pasa, B., Benacchio, G. A. The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe. New York: Central European University Press 2005.
 16. Papadopoulos, T. (toim). Cross-Border Mergers. EU Perspectives and National Experiences. Vol 17. Cham: Springer, 2019.
 17. Rammeloo, S. Corporations in Private International Law: A European Perspective. New York: Oxford University Press 2001.
 18. Saare, K., Volens U., Vutt A., Vutt, M. Ühinguõigus I. Kapitaliühingud. Tallinn: Juura. 2015.
 19. Schmidt, J. Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: is there a need to legislate? Study for the YURI committee 2016. - [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2016\)556960](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2016)556960) (15.03.2020).
 20. Szydło, M. The Right of Companies to Cross-Border Conversion under the TFEU Rules on Freedom of Establishment. - European Company and Financial Law Review 2010/3.
 21. Tolstov, L. Äriühingu juhtorgani liikme vastutus ümberkujundamisõiguse alusel. - Juridica 2011/7.
 22. Ulst, I. Euroopa äriühingu mudel ja selle rakendamine finantssektori äriühingute poolt. - Juridica 2005/7.
 23. Vallikivi, H. Piiriülese ühinemise ühinguõiguslikke aspekte. Baltikumi kogemus reguleeritavate ettevõtjate ühinemisel Euroopa äriühinguks. - Juridica 2007/4.
 24. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Sein, K. (koost). Võlaõigusseadus. I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2016.
 25. Vutt, M., Vutt, A. Problems of Introduction of *Societas Europaea* in Estonian Law. - Juridica International 2007/12.
 26. Wuisman, I., Mannan, M. Freedom of Establishment for Companies in Europe (EU/EEA). Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2019.

Kasutatud õigusaktid

Eesti õigusaktid

27. Euroopa Liidu Nõukogu määruse (EÜ) nr 2157/2001 «Euroopa äriühingu (SE) põhikirja kohta» rakendamise seaduse (SEPS). - RT I, 21.06.2014.
28. Noteerimisnõuded. - RT I, 09.11.2010, 29.
29. Rahvusvahelise eraõiguse seadus. RT I, 26.06.2017, 31.
30. Saneerimisseadus. - RT I, 26.06.2017, 35.
31. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. - RT I, 06.12.2018, 3.
32. Võlaõigusseadus. - RT I, 08.01.2020, 10.
33. Äriseadustik (ÄS). - RT I, 28.02.2019, 11.

Euroopa õigusaktid

34. Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 326, 26.
35. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv (EL) 2019/2121, 27. november 2019, millega muudetakse direktiivi (EL) 2017/1132 seoses äriühingute piiriülese ümberkujundamise, ühinemise ja jagunemisega – ELT L 321/1.
36. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv (EL) 2017/1132, 14.06.2017, äriühinguõiguse teatavate aspektide kohta (kodifitseeritud). – ETL L 169/46.
37. Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus nr 593/2008, 17. juuni 2008, lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta (Rooma I), artikkel 1(2)(e). – ELT L 177/6.
38. Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) 2015/848, 20. mai 2015, maksejõuetusmenetluse kohta, art 3(1). – ETL L 141/19.
39. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv (EL) 2019/1023, 20. juuni 2019, mis käsitleb ennetava saneerimise raamistikke, võlgadest vabastamist ja äritegevuse keeldu ning saneerimis-, maksejõuetus- ja võlgadest vabastamise menetluste tõhususe suurendamise meetmeid, ning millega muudetakse direktiivi (EL) 2017/1132 (saneerimise ja maksejõuetuse direktiiv). – ETL L 172/18, lk 18-55.
40. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2005/56/EÜ, 26. oktoober 2005, piiratud vastutusega äriühingute piiriülese ühinemise kohta. – ELT L 310/1, lk 1-9.
41. Nõukogu määrus (EÜ) nr 2157/2001, 8. oktoober 2001, Euroopa äriühingu (SE) põhikirja kohta. – ELT L 294, lk 1-21.

Muud õigusaktid

42. Act 3/2009 of 3. April on structural changes in trading companies. Hispaania: Ministerio de Justicia 2012.
43. Convention of 1 June 1956 concerning the recognition of the legal personality of foreign companies, associations and institutions. Hague Conference on Private International Law. Haag 1956. - <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=36> (15.04.2020).
44. Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210; 1995 I S. 428), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2694) geändert worden ist.

Kasutatud kohtupraktika

Eesti kohtupraktika

45. RKTko 3-2-1-139-08.
46. RKTko 3-2-1-104-08.
47. RKKko 3-1-1-120-03.
48. RKTko 3-2-1-89-08.
49. RKTko 3-2-1-145-04.
50. RKTko 3-2-1-197-13.
51. RKTko 3-1-1-106-12.
52. RKPJK arvamus nr 3-4-1-3-06.

Euroopa Kohtu praktika

53. EK 6/64, *Costa v ENEL*.
54. EK 81/87, *Daily Mail*.
55. EK 33/74, *van Binsbergen*.
56. EK 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*.
57. EK 220/83, *Commission v France*.
58. EK C-264/96, *Imperial Chemical Industries v. Colmer*.
59. EK C-55/94, *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*.
60. EK C-212/97, *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*.
61. EK C-411/03, *SEVIC Systems*.

- 62. EK C-208/00, *Überseering*.
- 63. EK C-196/04, *Cadbury Schweppes*.
- 64. EK C-372/10, *VALE Épitési kft.*
- 65. EK C-106/16, *Polbud — Wykonawstwo sp. z o.o.*
- 66. EK C-167/01, *Inspire Art*.
- 67. EK C-594/14, *Kornhaas*.
- 68. EK C-371/10, *National Grid Indus*.

Teiste riikide kohtupraktika

- 69. EFTA E-1/10, *Periscopus AS v Oslo Børs ASA and Erik Must AS*.
- 70. OLG Saarbrücken, *Beschl. v. 7.1.2020 – 5 W 79/19*.

Kasutatud muud materjalid

- 71. Assessment and quantification of drivers, problems and impacts related to cross-border transfers of registered offices and cross-border divisions of companies. Final Report. Ernst & Young 2018. - https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/dg_just_transfers_divisions_final_report_0502_2018_clean_1.pdf (04.12.2019).
- 72. Company Law and Corporate Governance. Euroopa Liidu ametlik kodulehekül. - https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/company-law-and-corporate-governance_en (30.10.2019).
- 73. Cross-border Corporate Mobility in the EU. Empirical Findings 2019. Vol. I. Maastricht University 2019.
- 74. Commission working document. Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions. Brüssel: Euroopa Komisjon 2018.
- 75. Chen, J. Discounted Cash Flow (DCF). Investopedia 2020. - <https://www.investopedia.com/terms/d/DCF.asp> (15.03.2020).
- 76. Euroopa Liidu Teataja. 04.07.2018. C233/7. - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2018:233:TOC> (13.03.2020).

77. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv ühe osanikuga osahingute kohta.
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014PC0212&from=EN> (02.03.2020).
78. Ex-post analysis of the EU framework in the area of cross-border mergers and divisions. European Implementation Assessment. European Parliament 2016. - [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593796/EPRS_STU\(2016\)593796_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593796/EPRS_STU(2016)593796_EN.pdf) (12.04.2020).
79. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv, millega muudetakse direktiivi (EL) 2017/1132 seoses äriühingute piiriülese ümberkujundamise, ühinemise ja jagunemisega.
80. Frequently Asked Questions: New Company Law Rules. Brussels. Euroopa Komisjon 2018. - https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_18_3509 (12.11.2019).
81. From Real Seat Theory to Incorporation Theory. Eubelius 2019. - https://www.eubelius.com/sites/default/files/09_corporate_mobility.pdf (30.10.2019).
82. Käerdi, M., Kärson, S., Kõve, V., Pavelts, A., Saare, K., Volens, U., Vutt, A., Vutt, M. Ühinguõiguse Revisjon. Analüüs-Kontseptsioon. Tallinn: Justiitsministeerium 2018.
83. Likviidsussuhtarvud. Rahandus. - <https://www.rahandus.ee/et/likviidsussuhtarvud> (07.04.2020).
84. Majanduslikult aktiivsed ettevõtted õigusliku vormi järgi. Statistikaamet 2020. - <https://www.stat.ee/68773> (19.02.2020).
85. Pavelts, A., Kallaste, E., Järve J., Volens, U. Ühingute piiriülese liikumise reguleerimine Euroopa Liidus. Justiitsministeerium 2017. - https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/uhingute_piiriulene_liikumine_uuringuaruanne.pdf (07.01.2020).
86. Study on the application of the cross-border mergers directive. September 2013. European Commission. Bech-Bruun. Lexidale 2013.
87. Streit, G., Bürk, F. Restructuring and insolvency in Germany: overview. Thomson Reuters. Practical Law. - [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-501-6976?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-501-6976?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1) (15.04.2020).
88. Äriseadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus (juriidilise isiku ja tema juhatuse või seda asendava organi asukoht). - RT I, 20.04.2017, 1.

KASUTATUD LÜHENDID

AS - aktsiaselts

COMI – *center of main interests*

EFTA - *European Free Trade Association*

EK – Euroopa Kohus

EL – Euroopa Liit

ELTL - Euroopa Liidu toimimise leping

ELT – Euroopa Liidu Teataja

EMÜ – Euroopa Majandusühendus

GmbH – *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*

OÜ - osühing

REÕS – rahvusvahelise eraõiguse seadus

RKTKo – Riigikohtu Tsiviilkolleegiumi otsus

RKPJK - riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi

S.à r.l. - *société à responsabilité limitée*

SE – *Societas Europaea*

SIA - *sabiedrība ar ierobežotu atbildību*

SPE - *Societas Privata Europaea*

SUP - *Societas Unius Personae*

TsMS – tsiviilkohtumenetluse seadustik

TsÜS – tsiviilseadustiku üldosa seadus

VKE – väike ja keskmine ettevõtte

VÕS – võlaõigusseadus

ÄS – äriseadustik